LA TRASCRIZIONE DEI 'DIRITTI EDIFICATORI' E LA CIRCOLAZIONE DEGLI INTERESSI LEGITTIMI.

1. La norma sulla trascrivibilità dei contratti relativi ai diritti edificatori. Premesse di metodo. L'ambito della ricerca.

L'articolo 5, n. 3 del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 2011 n. 106, ha stabilito che *"Per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, all'articolo 2643 del codice civile, dopo il numero 2, è inserito il seguente:*

2 bis) i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale".

Una norma apparentemente innocua, nei limiti in cui può esserlo una norma che incida nel codice civile, pone all'interprete delle questioni di grande rilievo.

La prima, di carattere preliminare e metodologico, consiste nell'individuazione dell'ambito in cui essa va a collocarsi, ossia stabilire se di essa se ne debbano occupare solamente i civilisti, in particolare i notai, oppure riguardii anche gli studiosi del diritto amministrativo.

Sinora è accaduto che i primi si sono concentrati sulle tecniche utilizzabili per rendere effettivo il commercio della volumetria, la cui natura giuridica era quanto mai incerta e quindi anche gli strumenti che ne riguardavano la vicenda mutavano di conseguenza; mentre i secondi si concentravano sui profili più squisitamente legati agli effetti della pianificazione edilizia e in particolare di quella convenzionata.

La netta separazione degli approcci al tema ha portato a soluzioni frammentate e non appaganti. L'incomunicabilità degli

studiosi e degli operatori pratici, persino nel caso di un istituto, quale quello in esame, che presupponeva la capacità di padroneggiare i due sistemi, ha però avuto il merito di riproporre il tema legato alla necessità di finalmente superare la dicotomia diritto civile-diritto pubblico, soprattutto quando lo richieda la dimensione di un istituto che ha indubbie ricadute sulle nozioni fondanti delle due grandi discipline, quale appunto quello noto come la cessione di volumetria (1).

Tornando all'istituto specifico, le questioni che la norma, ricordata ad apertura della presente ricerca, pone sono costituite dall'individuazione: a) dei tipi e della natura giuridica dei c.d. diritti edificatori; b) del tipo di contratto che li costituisce e li trasferisce; c) dell'oggetto della trascrizione e degli strumenti legati a quest'ultima, utilizzabili per condizionare la discrezionalità dell'amministrazione cui è stata attribuita la potestà edilizia (i comuni).

2. Rassegna dei diritti edificatori: il trasferimento di cubatura e di volumetria. Gli altri diritti edificatori: la perequazione edilizia; la compensazione edilizia; le premialità edilizie

I 'diritti edificatori' costituiscono un'evoluzione dei negozi di trasferimento di cubatura e di volumetria. Questi hanno, come minimo comune denominatore, la possibilità che la cubatura potenzialmente spettante ad una certa area edificabile possa essere utilizzata su un altro suolo, anch'esso edificabile, con il consenso del Comune e dei proprietari delle due aree, anche a prescindere da una espressa previsione della norma di attuazione del piano o del regolamento edilizio (2).

Tuttavia, nella cessione di volumetria è accentuato il carattere della realità, in quanto il "decollo" e "l'atterraggio" - per usare immagini che derivano dagli urbanisti - del diritto riguardano aree ben identificate, anche se non necessariamente confinanti, ma comunque contigue o radicate nella stessa zona. Invece, nel

trasferimento di cubatura il medesimo carattere è attenuato, in quanto -soprattutto per effetto della disciplina normativa regionale- è possibile la negoziazione dei diritti edificatori persino a prescindere dalla presenza di un'area cedente e di un'aria cessionaria. Sicché, sempre per usare il linguaggio metaforico degli urbanisti, il trasferimento di volumetria si può fare quando il diritto è "in volo", a prescindere dal "decollo e dall'atterraggio". Da qui l'espressione, largamente usata, di "crediti edilizi". Non a caso in qualche regione sono state previste forme di mercato borsistico; mentre in alcune altre è stata prevista l'attribuzione diretta di diritti edificatori da parte del Comune ad operatori che, pur non essendo proprietari, volessero impegnarsi nel recupero dei centri storici, con la possibilità di trasferimento a terzi (3) .

2.2. Verificata così la continuità storica con la cessione di cubatura, che può essere considerata come la capostipite delle figure in esame, i diritti edificatori che emergono dalla legislazione nazionale e regionale sono stati variamente classificati. Tuttavia essi possono essere ricondotti a tre figure fondamentali.

La prima figura che viene in rilievo è la cosiddetta "perequazione edilizia". Essa "consiste nell'attribuire anche ad aree qualificate dal piano non edificabili una cubatura potenziale da realizzare altrove, cioè su aree qualificate come edificabili" (4), realizzando così la separazione tra la conformazione della proprietà e la distribuzione della edificabilità. Un'altra figura che viene in rilievo è la cosiddetta "compensazione urbanistica", che, nell'attuazione del piano, si pone come alternativa all'espropriazione. In presenza di un vincolo preordinato all'esproprio, il proprietario dell'area vincolata cede la medesima al Comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un'altra area. Infine, vi sono le cosiddette "premialità edilizie", che consistono nell'attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo in caso di raggiungimento di determinati obiettivi pubblici, in particolare di interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale (5).

3. L'origine dei contratti di volumetria.

Le ipotesi indicate, essendo catalogazioni della dottrina, subiscono il limite proprio di ogni processo di generalizzazione, per mitigare il quale forse è il caso di dare qualche riferimento normativo.

È utile premettere che l'origine dei contratti di trasferimento di volumetria va ricercata nella legge n. 765 del 1967 (c. d. legge Ponte), laddove ha introdotto l'articolo 41 quinquies nella legge urbanistica del 1942, contenente la previsione degli standard urbanistici edilizi, volti a determinare i cosiddetti indici di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati, nonché i rapporti massimi fra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e gli spazi pubblici o riservati alle attività collettive, verde pubblico e parcheggi.

Va anche ricordato che gli "standard urbanistici" indicano il rapporto fra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali o produttivi e gli spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi; mentre gli "standard edilizi" indicano la densità edilizia, l'altezza massima e la distanza fra i fabbricati. Inoltre lo "standard di tipo planovolumetrico", che è quello che ha dato origine alla prassi dei trasferimenti di volumetria, indica la densità edilizia ovvero il rapporto tra i volumi edificabili e la superficie disponibile.

Infatti, la funzione di questo standard è quella di consentire uno sviluppo edilizio controllato, ma non implica una distribuzione delle potenzialità edificatorie tra i proprietari bensì la distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo con cui esso è frazionato tra privati.

Proprio tale circostanza, si ripete, ha fatto emergere la prassi dei trasferimenti di volumetria (6).

4. Rassegna della frammentaria legislazione statale e regionale.

La materia dei diritti edificatori, e in particolare il fenomeno della cosiddetta perequazione estesa (ossia quella consistente nella dematerializzazione della dotazione volumetrica dal fondo da cui sorge nella forma di diritto edificatorio, cedibile a titolo oneroso anche a terzi), difetta di una regolamentazione organica da parte della legge nazionale. Sicché, è possibile rinvenire una qualche disciplina solamente nella legislazione regionale e negli strumenti di programmazione urbanistica. La necessità di una organica disciplina nazionale è data dal fatto che, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera l) della Costituzione, i rapporti civilistici dei soggetti interessati sono riservati esclusivamente alla competenza normativa statale; mentre invece è devoluta alla legislazione concorrente la regolamentazione del governo del territorio, ai sensi dell'articolo 117, comma terzo, della Costituzione medesima.

4.1. Tuttavia, anche in assenza di una legge-quadro nazionale, e fino a poco tempo fa anche in assenza di una legge statale relativa ai "rapporti civili", le regioni hanno regolamentato le fattispecie in modo diverso tra di loro, utilizzando anche una terminologia non univoca.

Vengono fatti numerosi esempi, quali il Veneto, dove si parla di crediti edilizi; la Lombardia, dove si parla di meccanismi di incentivazione; in Umbria, dove si parla di incrementi preliminari.

L'obiettivo delle norme regionali è quello di riempire un vuoto e al tempo stesso garantire la certezza di negozi giuridici perequativi in presenza di un sistema pubblicitario nazionale informatizzato presso l'agenzia del territorio, particolarmente rigido.

Il dato unificante delle diverse discipline diffuse sul territorio è dato dall'istituto premiale, giustificato proprio dall'esecuzione di interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale, cui vengono aggiunti obiettivi diversi, quali la realizzazione di interventi di edilizia residenziale pubblica (Lombardia, Provincia di Trento,

Puglia); la tutela e la valorizzazione dei beni storico-artistici in generale (Lombardia e Veneto); la valorizzazione dei centri storici (Umbria); il risparmio energetico (Lombardia) e infine la prevenzione sismica (Umbria).

4.2. Vanno registrati anche alcuni sporadici interventi del legislatore nazionale.

In primo luogo la legge 15 dicembre 2004 n. 308, che, all'articolo 1, comma 21, dispone che *"qualora per effetto di vincoli sopravvenuti diversi da quelli di natura urbanistica non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia già stato assentito a norma delle vigenti disposizioni è in facoltà del titolare del diritto di chiedere di esercitare lo stesso su un'altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori"*.

Al comma 22 della medesima disposizione si aggiunge che *"in caso di accoglimento dell'istanza presentata ai sensi del comma 21, la traslazione del diritto di edificare su area diversa comporta la contestuale cessione al comune, a titolo gratuito, dell'area interessata dal vincolo sopravvenuto"*.

In secondo luogo, va segnalato l'articolo 1, commi 258 e 259 della legge n. 244 del 24 dicembre 2007, laddove dispone che, all'interno dei meccanismi perequativi delle previsioni degli strumenti urbanistici, in aggiunta delle aree necessarie per garantire gli standards, siano definiti ambiti la cui trasformazione è subordinata alla cessione gratuita da parte dei proprietari di aree o immobili da destinare a edilizia residenziale sociale in rapporto al fabbisogno locale e in relazione all'entità ed al valore della trasformazione, prevedendo la possibilità che, in tali ambiti e in occasione della localizzazione di edilizia residenziale sociale ed altro, sia riconosciuta una premialità di cubatura che deve restare nei limiti di incremento massimo della capacità edificatoria prevista per gli ambiti medesimi, come definiti dalla stessa legge.

Va infine ricordato l'articolo 11 della legge 6 agosto 2008 n. 133, che, sotto la rubrica "piano casa", contiene le linee guida per l'emanazione di un decreto legislativo che garantisca su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo

ed il pieno sviluppo della persona umana. La disposizione contiene, al comma 5, precise indicazioni normative che, secondo qualche commentatore, per la prima volta sembrano attribuire alla cubatura in sé vera e propria dignità di bene, inteso in senso tecnico giuridico, ai sensi dell'articolo 810 codice civile.

In altri termini, sembra che la volumetria cessi di essere un mero rapporto matematico per assurgere essa stessa ad oggetto del diritto.

In particolare, gli interventi del "piano casa" potranno essere realizzati anche: - mediante il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo; - mediante incrementi preliminari di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive a verde pubblico a parcheggi di cui al D.M. 2 aprile 1968, n. 1444; - e ancora mediante la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate (7).

4.3. Dalle norme indicate risulta evidente come il legislatore nazionale mostri un rinnovato interesse per l'urbanistica perequativa (compensativa e premiale), sia in riferimento ai modi di formazione sia ai modi di circolazione dei diritti edificatori. L'interesse del legislatore nazionale è poi culminato con l'emanazione dell'articolo 5 del d. l. n. 70 del 2011, che ha dato origine al presente studio e su cui si deve ora tornare.

5. Rassegna critica delle principali teorie sulla natura giuridica della cessione di volumetria.

Si è voluto riportare il quadro normativo, sia pure nei suoi termini essenziali, per due ragioni: la prima, per ricordare che la ricerca della natura giuridica degli istituti va fatta sulle norme e non in astratto; la seconda, per mostrare come nella fattispecie vi è la costante presenza della mano pubblica, che amministra utilizzando le moderne tecniche consensualistiche (di cui le micropianificazioni urbanistiche sono l'esempio applicativo più vistoso), pur esercitando la potestà urbanistico-edilizia. Questo non può non avere, come vedremo, un'importanza decisiva nella ricerca della natura giuridica dei "diritti edificatori".

Finora, tranne qualche lodevole eccezione, la ricerca della natura giuridica del diritto edificatorio e del contratto che lo costituisce (lo modifica o lo trasferisce), è stata fatta quasi esclusivamente dai civilisti, in particolare dal mondo notarile, in cui peraltro la prassi della cessione di volumetria è nata. Naturalmente questo ha comportato che gli specialisti della materia hanno usato gli strumenti loro abituali, pur essendo tutti consapevoli della immanente presenza dell'autorità pubblica e dell'importanza che essa comportava nella ricostruzione dell'istituto.

5.1. Già prima dell'emanazione della norma sulla trascrizione dei trasferimenti dei diritti edificatori si era formata una vasta letteratura sulla natura della cessione di cubatura.

Forse è il caso di passare rapidamente in rassegna le principali teorie formatesi su quell'istituto, anche perché alcune di esse vengono riproposte anche a seguito della nuova ipotesi di cui all'articolo 2643 del codice civile .

L'interrogativo che ci si è posto sin dall'inizio è stato quello di verificare se con la cessione di cubatura si sia creato un nuovo diritto reale di godimento. La risposta positiva comportava dover ammettere che il principio del "numero chiuso" sarebbe stato superato. Pertanto occorreva, invece, inquadrare l'istituto in uno dei diritti reali di godimento già previsti e conosciuti. In questo caso. però, si ponevano altri interrogativi, ossia se potesse esistere un diritto reale su un bene che non abbia i caratteri della realità e se la volumetria possa essere di

per sé oggetto di un diritto, dato che si distacca completamente dal terreno a cui si riferisce.

Un caso analogo esiste ed è l'istituto della vendita di un bene da costruire, introdotto in una legge finanziaria. Esso, tuttavia, si distingue dalla volumetria perché è in gioco un bene materiale, anche se futuro perché non ancora realizzato.

Nella cessione di cubatura, invece, non si acquista un bene materiale ma la cubatura. La *res*, ossia il terreno, è solo il punto di riferimento per quantificarla.

5.2. Ciò premesso, sulla natura giuridica, come si ricordava, si sono formate varie teorie (8).

La prima è quella che inquadra l'istituto nell'ambito delle servitù prediali. Con la cessione di cubatura si creerebbe un rapporto tra fondi, uno dei quali è asservito all'altro. Si tratterebbe di una servitù negativa simile alla ***servitus altius non tollendi.*** Originariamente si riteneva che i fondi dovessero essere contigui, ossia che tra di essi dovesse esistere un rapporto di ***vicinitas***. Lentamente si è affermata, ed è prevalsa l'idea, che il rapporto potesse essere anche solo funzionale. Se fosse prevalsa questa tesi, essendo la servitù un diritto reale, il contratto di cessione di cubatura sarebbe trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 c.c.

La seconda teoria considerava la cessione di cubatura un contratto ad effetti obbligatori. Per comprendere meglio questa impostazione veniva utile operare un collegamento con la c.d. "colonna d'aria" cioè il diritto del proprietario del lastrico solare di soprelevare. La "colonna d'aria" sembrerebbe l'espressione di un rapporto obbligatorio perché il diritto di soprelevazione non sarebbe, come sembra, una sorta di diritto di superficie attribuito al proprietario del lastrico solare da tutti gli altri proprietari dell'edificio. Dalla cessione della colonna d'aria deriverebbe, invece, per i condomini un'obbligazione negativa, giustificata da ragioni di civile convivenza. Non sarebbe, infatti, possibile la cessione ad altri soggetti senza compromettere l'esercizio del diritto di proprietà del

condomino dell'ultimo piano. Anche la Corte di Cassazione (9) ha seguito questa teoria e ha costruito il rapporto di cessione della cubatura come un rapporto obbligatorio, escludendone la natura reale.

Va da se che si segue lo schema del rapporto obbligatorio la tutela è di tipo personale, ossia responsabilità da obbligazione o da inadempimento e, pertanto, le azioni reali a difesa della proprietà non sono utilizzabili e il negozio di trasferimento non è trascrivibile. Per rendere più chiaro il concetto bastava considerare il caso di inadempimento del cedente, il quale, pur avendo venduto la propria volumetria, chiede ugualmente all'amministrazione comunale il permesso di costruire. Se l'autorità amministrativa non aveva dato assenso alla cessione di cubatura e rilasciava il permesso, il cedente, nonostante la precedente cessione, costruiva legittimamente.

A questo punto se la cessione era da qualificarsi come servitù negativa, il soggetto che aveva acquistato la cubatura poteva chiedere il risarcimento in forma specifica ed ottenere l'ordine di abbattimento della costruzione; se, invece, si riteneva che dalla cessione derivasse un rapporto obbligatorio, il cessionario poteva chiedere solo il risarcimento del danno per equivalente. La tutela, quindi, era di tipo personale.

In effetti, poiché il contenuto dell'obbligazione può essere anche l'obbligo di "non fare" è molto difficile stabilire se nella cessione di cubatura si configuri un'obbligazione negativa o una servitù negativa perché in entrambi i casi non c'è visibilità o apparenza.

Un'altra teoria propendeva per la natura di diritto di superficie atipico. L'atipicità consisterebbe nella cessione del diritto di edificare su un bene di proprietà altrui, mentre nel diritto di superficie tipico si cede il diritto di edificare sul proprio bene. Esistono anche delle teorie minoritarie, come ad esempio quella della rinuncia, che vede nella cessione di cubatura una rinuncia del soggetto alla sua facoltà di edificare. Si tratterebbe in questo caso di

una rinuncia traslativa. Altra teoria minoritaria considera la cessione di cubatura un onere reale negativo.

Non sono mancati autori che hanno ritenuto di ricondurre la fattispecie agli accordi procedimentali, sui quali torneremo.

6. I primi orientamenti dopo l'emanazione della norma sulla trascrivibilità dei diritti edificatori.

Con l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova ipotesi di cui all'articolo 2643, 2 bis del codice civile, i primi commentatori, andando alla ricerca della natura giuridica dei diritti edificatori, si sono sostanzialmente divisi in tre filoni fondamentali.

6.1. Il primo filone ha affermato la natura di bene immateriale (10). Questa tesi ha sviluppato i contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza anteriore alla riforma del 2011, appositamente passate in rassegna nel paragrafo precedente.

Secondo questa impostazione la prospettiva storica, irrinunciabile in una materia così complicata, non può che condurre alla qualificazione della volumetria quale bene. Infatti, la trascrizione è funzionale ad un meccanismo di circolazione che assicuri la certezza non solo alle operazioni di micropianificazione urbanistica ma anche ad ipotesi quali i meccanismi perequativi (compensativi ed incentivanti), oltre che al caso classico della cessione di cubatura. Per questa dottrina la capacità edificatoria di un lotto, espressa in termini di volumetria, viene avvertita sempre di più nella comunità come un valore economico, che costituisce esso stesso oggetto di attività negoziale tra privati. Anche se non si nasconde la difficoltà legata all'impossibilità di immaginare che lo spazio aereo connesso alla proprietà del suolo possa essere oggetto di diritti, separatamente dalla proprietà del suolo.

Tuttavia, la lettura, largamente accettata, dell'articolo 810 del codice civile - per il quale il concetto di bene è più ampio del concetto

di cosa, nella quale possono essere incluse entità immateriali o ideali, che, in quanto idonee a soddisfare gli interessi tutelati dal nostro ordinamento giuridico, divengono bene nel momento in cui adempiano una funzione economica - consente di includervi agevolmente i diritti edificatori. Per confortare maggiormente la tesi vengono richiamati gli studi fatti a proposito delle quote-latte e del diritto al rimpianto del vitigno.

Per questa dottrina la cubatura reificata consiste in una "chance", ossia una potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio e dei beni in sé distinto dal bene finale, ossia la costruzione, la cui prerogativa è la concreta possibilità di impiego della volumetria corrispondente, proprio in considerazione dell'elevato grado di rigore che anima la disciplina urbanistica ed edilizia. Pertanto un contratto può ben avere ad oggetto le possibilità edificatorie di un bene, a prescindere dalla preventiva individuazione del lotto su cui avverrà, se avverrà, la costruzione.

In proposito si può subito osservare che sarebbe più in linea con la nuova ipotesi di trascrizione la configurazione del diritto edificatorio come diritto reale immobiliare, così come fatto notare anche dalla giurisprudenza e dalla dottrina meno recenti (11), in quanto il cedente, con la cessione, distaccherebbe in tutto o in parte la facoltà insita nel suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, una volta formato un diritto a se stante, lo trasferisce all'acquirente a beneficio di un suo fondo confinante o contiguo.

6.2. Il secondo indirizzo (12) ha affermato la natura reale del diritto. Secondo questa impostazione il nuovo dato positivo scongiura il pericolo della violazione del principio del ***numerus clausus*** dei diritti reali, in quanto il nuovo articolo 2643 n. 2 bis, va letto in consecuzione con il numero 3 della medesima disposizione, laddove fa riferimento alla trascrizione dei contratti che trasferiscono la proprietà e gli altri diritti reali. Il riferimento letterale è sufficiente a qualificare i diritti edificatori quali diritti reali. Più esattamente diventa un diritto reale e tipico, sia perché se la volumetria fosse

realmente un bene non sarebbe stato affatto necessaria la previsione di una autonoma ipotesi, trattandosi semplicemente di un diritto di proprietà, e sia perché è stato previsto anche il contratto costitutivo del diritto edificatorio, che è un fenomeno tipico dei diritti reali di godimento. Inoltre la "realità" è stata fatta derivare dalla necessità della sussistenza di un fondo sul quale consolidare il diritto eventualmente acquisito in capo al titolare di un diritto di edificare (premiale, compensativo perequativo che sia), avulso da qualsiasi riferimento ad un suolo ormai, come nel caso di procedimento ablativo conclusosi con un accordo compensativo, di proprietà di terzi, estraneo al rapporto fra cedente e il cessionario .

6.3. Queste due principali letture dell'istituto del diritto edificatorio, susseguenti all'importante norma sulla trascrizione, sono state, pur nel rispetto della loro assoluta dignità scientifica, sottoposte a critica da parte di un civilista assai autorevole (13), che invece ha ritenuto di seguire l'intuizione di taluni amministrativisti, che, onde evitare inutili duplicazioni, avevano ipotizzato che nel caso di specie ricorresse la presenza di un interesse legittimo di tipo pretensivo.

Per le critiche, ineccepibili, sia alla teoria del diritto reale di godimento sia a quella della edificabilità quale bene giuridico in sé, di natura immateriale, si rinvia allo scritto dell'autorevole studioso, in quanto qui si intende approfondire proprio l'ipotesi che si tratti di un interesse legittimo pretensivo, che invece in quello scritto si ha l'impressione (forse sbagliata) sia stata accolta più per l'inadeguatezza delle teorie strettamente civilististe, inesorabilmente sottoposte a critica, che per l'intrinseca consistenza giuridica di quella costruzione.

7. Critica della lettura atomistica della vicenda costitutivo-traslativa dei diritti edificatori.

È stato già messo in evidenza come i diritti edificatori siano stati oggetto di contratti tra privati, rispetto ai quali il ceto dei notai ha cercato di tutelare al massimo grado le operazioni negoziali,

adottando lo schema di costituire in capo al fondo da cui la volumetria prende il "volo" una vera e propria servitù negativa e al tempo stesso imponendo al titolare del fondo cedente una procura irrevocabile *in rem propriam* a favore del beneficiario da far valere nei confronti dell'autorità amministrativa, affinché il successivo permesso edilizio fosse rilasciato nei confronti di quest'ultimo.

Nella pratica questo sistema ha funzionato abbastanza bene.

Tuttavia, risulta evidente che il limite della prassi indicata è dato dalla frammentazione dell'operazione negoziale, e comunque dall'impossibilità di coinvolgere in maniera più stringente la volontà dell'amministrazione. Così come è innegabile che la tesi, secondo cui la cubatura si atteggerebbe quale bene che può formare oggetto di diritti nei rapporti tra privati e al tempo stesso interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, rispetto al quale si esercita la potestà di pianificazione propria di quest'ultima, costituisce una inutile superfetazione, che sarebbe giustificabile sole se non vi fosse un istituto capace di "sintetizzare" la vicenda. Ma per fortuna esso c'è.

In ogni caso, ora si impone una ricostruzione della vicenda in termini unitari, sia perché il contratto è stato in un certo qual modo tipizzato (15) e sia perché nella vicenda vanno ricompresi fattispecie, tutte trascrivibili, diverse dalla cessione di volumetria, quali appunto le premialità edilizie, che normalmente vedono protagonisti due soli soggetti, ossia il privato e l'amministrazione, facendo così scomparire il segmento "civilistico" della vicenda.

7.1. Si diceva all'inizio di come il tema implichi un ritorno ai principi fondanti delle due discipline che trovano proprio in questo istituto un punto di contatto vistoso.

Vengono, quindi, in rilievo la "valenza sostanzialistica" dell'interesse legittimo, che nasce (si trasforma e circola) al di là della sua dimensione processuale (ed ora anche procedimentale), al pari di tutte le altre situazioni giuridiche soggettive; il momento costitutivo di detta situazione giuridica soggettiva e il suo rapporto con il

procedimento amministrativo in cui normalmente si esercita; il "valore patrimonialistico" di detta situazione soggettiva, che determina l'effetto reale del negozio o dell'atto che la costituisce o la trasferisce; la possibilità di ricondurre l'intera vicenda agli accordi di cui all'articolo 11 della legge n. 241 del1990; il rapporto con la tradizionale trascrizione delle convenzioni urbanistiche quale antecedente in cui si inserisce la trascrivibilità della nuova ipotesi di cui all'art. 2643 del codice civile.

8. La vicenda dello *ius aedificandi* e la proprietà conformata.

Cominciando dal tema, oramai quasi stucchevole, se lo ***ius aedificandi*** sia qualificabile come diritto soggettivo o interesse legittimo, non è più oramai seriamente dubitabile che esso configuri quest'ultima situazione giuridica soggettiva e che il provvedimento che la costituisce, ossia il permesso di costruire, sia un'autorizzazione costitutiva (16).

8.1. È noto come il tema si inserisca nell'ambito delle teorie sviluppatesi a proposito dell'istituto della proprietà (o meglio delle proprietà). Infatti, va solo ricordato che il sistema non si basa su un unico tipo di proprietà. Il codice tratta della proprietà edilizia, di quella rurale, della proprietà collettiva, della comunione, ed oggi la legge disciplina anche quella turnaria.

Inoltre, va ricordato che esistevano una teoria tradizionale, di derivazione francese, della proprietà come diritto assoluto, ed una teoria, più moderna, della proprietà conformata. Quest'ultima sarebbe espressione diretta del principio, sancito dalla nostra Costituzione, della funzione sociale della proprietà, secondo cui il diritto di proprietà ha un contenuto essenziale minimo.

Lo sviluppo della disciplina urbanistica deriva dall'idea di un potere pubblico che ha, tra i suoi doveri, quello specifico di regolamentare l'assetto del territorio. La concezione moderna della proprietà conformata nasce proprio da qui.

Come già ricordato, ma forse non è mai abbastanza, l'emanazione della legge generale urbanistica, con la quale nel 1942 sono stati introdotti i piani regolatori generali, non è stato un evento casuale. Al contrario il legislatore ha voluto modificare il modo di concepire la proprietà, ponendo a carico del Comune l'obbligo di utilizzare gli strumenti urbanistici quali il piano regolatore, il programma di fabbricazione, il regolamento edilizio e le convenzioni urbanistiche. Esso ha voluto non solo che fosse disciplinato l'assetto del territorio, ma ha voluto soprattutto incidere su una delle facoltà essenziali del diritto di proprietà, ossia il diritto di costruire sul proprio terreno.

Fino a quel momento, nessuno aveva dubitato che la parte più importante del contenuto del diritto di proprietà fosse la facoltà di edificare. Dopo la fondamentale legge urbanistica n. 1150/1942 viene emanata la legge n. 187/1968, c.d. legge Ponte, che prevede gli standard edilizi come già riferito. Il legislatore ha, quindi, creato un sistema basato sulla zonizzazione, ossia sull'individuazione delle zone e della loro vocazione urbanistica, sul rapporto tra territorio e volumetria realizzabile nell'ambito di un'intera zona a vocazione edilizia, infine sulla densità fondiaria, ossia sul rapporto tra le singole aree dell'intera zona e la prestabilita volumetria ivi realizzabile, come già ricordato. La legge Ponte (L. n. 187/1968) ha previsto anche, per la prima volta, il rilascio da parte del Comune, dietro il pagamento di contributi, della licenza edilizia. Tale atto sembrava avere carattere commutativo. Successivamente è stata emanata la c.d. legge Bucalossi n. 10/1977 che alla parola "licenza" ha sostituito la parola "concessione". Da ciò è sorta la tesi secondo cui il Comune è titolare del diritto di costruire su un fondo e lo può concedere al proprietario del fondo stesso dietro corrispettivo. All'epoca, quindi, la disciplina normativa è stata considerata quasi una prova che lo ***ius aedificandi*** non facesse parte del contenuto del diritto dì proprietà. Tale impostazione ha richiesto l'intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 5/1980) che, invece, si è espressa nel senso dell'esistenza di un "contenuto essenziale minimo" del diritto di proprietà e dello stretto legame tra la proprietà e diritto di costruire (17).

8.2. Paradossalmente, da quel momento si è nettamente affermata la concezione della proprietà conformata secondo la quale il tipo di utilità che si può trarre dal bene, almeno per la proprietà edilizia, deriva dalla sua vocazione urbanistica. Sicché, il bene nasce già con quelle caratteristiche. Se, infatti, si è proprietari di un terreno a vocazione edilizia su di esso sicuramente si può esercitare lo ***ius aedificandi***, anche se devono essere rispettati i canoni dettati dall'autorità pubblica. Se, invece, il terreno di cui si è proprietari ha un'altra destinazione, per esempio agricola, lo ***ius aedificandi*** viene meno, né il Comune lo potrebbe attribuire perché non rispetterebbe la regolamentazione del territorio che esso stesso si è data. Per queste ragioni si può affermare che la proprietà è originariamente conformata non solo per il proprietario, ma anche per l'autorità pubblica, tanto è vero che se vuole attribuire lo ***ius aedificandi*** ad un terreno che non ha vocazione edilizia deve apportare delle varianti al piano regolatore generale e modificarlo.

9. La valenza sostanziale e patrimoniale dell'interesse legittimo pretensivo. Premesse di carattere generale.

Si sono volute richiamare queste nozioni, note, solamente per arrivare al punto decisivo, ossia che la ricaduta sulla fattispecie in esame della concezione "conformata" della proprietà edilizia è costituita dal fatto che la situazione di base del soggetto è già di interesse legittimo pretensivo; e il diritto di proprietà del fondo non è l'oggetto dell'esercizio della potestà pubblica, che invece si indirizza direttamente verso l'interesse legittimo proteso all'ottenimento del provvedimento favorevole, costituito dal permesso di costruire. La proprietà del fondo, essendo stata già direttamente conformata dalle norme urbanistiche, diventa insensibile al potere edilizio, che, rispetto al potere urbanistico, ha quasi un carattere esecutivo.

L'interesse legittimo pretensivo è l'unico oggetto del procedimento teso ad ottenere il permesso edilizio. Esso è anche la situazione base, che, come quasi tutti gli interessi pretensivi, non è costituita da un diritto soggettivo o da altra situazione giuridica

soggettiva, ma solo da se stessa. Quindi, occorre stabilire cosa significhi in concreto concepire l'interesse legittimo quale situazione giuridica "sostanziale" a valenza "patrimonialistica".

9.2. Forse giova alla comprensione dell'istituto predisporre il quadro del sistema generale in cui esso si inscrive (18)

Per comprendere a fondo la natura del "contatto" che si instaura tra la potestà della P.A. e la situazione giuridica soggettiva del privato bisogna prendere atto che, prima che si apra il procedimento amministrativo che determina la nascita in capo al privato medesimo dell'interesse legittimo, il soggetto è normalmente già legato al bene della vita da un'altra situazione giuridica soggettiva, sulla quale va poi ad incidere l'azione amministrativa. Sicché, è semplicistico ridurre il "contatto" tra privato e P.A. al semplice rapporto potestà-soggezione, in quanto tale soggezione si connota nei modi più vari, a seconda del tipo di rapporto giuridico in cui il soggetto si trova rispetto al bene della vita coinvolto nel procedimento amministrativo. Così come è riduttivo pensare che l'unico modo di esercitare la situazione sostanziale sia quello di aprire il procedimento amministrativo. L'interesse legittimo pretensivo, proprio in virtù della sua valenza sostanziale, può benissimo essere negoziato con altri soggetti privati, pur rimanendo fermo che il suo effetto fondamentale, dato dall'ottenimento del provvedimento favorevole, si potrà realizzare solamente aprendo il procedimento amministrativo.

Da qui la difficoltà di trovare il nucleo essenziale della nozione di interesse legittimo e ciò che lo differenzia dal diritto soggettivo e dalle altre situazioni giuridiche soggettive.

Studi autorevoli (19) avvertono che il diritto soggettivo è una categoria storica e che il rapporto giuridico non è solo quello che si svolge tra soggetti che si trovano in una situazione di parità. Inoltre altri autorevoli studi (20) hanno dimostrato che l'interesse legittimo è una situazione soggettiva non esclusiva del diritto amministrativo, potendosi rinvenire anche nei rapporti privatisti. Anzi essa si riproduce in maniera identica di fronte all'esercizio dei cosiddetti

poteri privati (impresa, associazione, uffici di diritto privato, possesso).

Se si fa riferimento all'interesse materiale che lega il soggetto al bene della vita e che, attraverso i collaudati schemi del diritto civile, intende conservare o conseguire, ci si accorge che la struttura di fondo del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo è identica; e che questi istituti sono semplicemente degli strumenti, storicamente definiti, per "delaicizzare" l'interesse materiale al bene, per dargli dignità giuridica e, quindi, proteggerlo secondo le trame del diritto. In fondo, anche secondo le leggi economiche, il soggetto vuole conservare o conseguire un bene; e in questi due moduli sembrano esaurirsi gli atteggiamenti pregiuridici della persona.

Non a caso i civilisti distinguono tra diritti assoluti e diritti relativi e, sia pure con le perplessità di taluno, anche i diritti di credito vengono ricondotti alla storica categoria dei diritti soggettivi. Invece gli amministrativisti distinguono, a seconda che si voglia conservare o conseguire il bene della vita, tra interessi oppositivi e interessi pretensivi.

9.3. Il richiamo di queste nozioni basilari consente di ritenere che, se si guarda la sostanza delle cose, per il soggetto privato, l'unica cosa che rileva veramente quando si pone in rapporto di tensione rispetto ad un bene della vita, è il tipo di soggetto dell'attività giuridica con cui viene in contatto. Se si tratta di soggetto privato il rapporto si snoda normalmente secondo le trame proprie del diritto civile. Qualora si tratti invece, di un soggetto pubblico, che, agendo in veste di autorità, voglia conseguire il bene oppure abbia la disponibilità del bene che il privato intende conseguire, si ha la particolarità che il soggetto pubblico può, nel primo caso, ottenere il bene della vita senza la negoziazione con il privato e nel secondo caso, il privato non solo non ha un analogo potere, ma non può ottenere il medesimo bene neppure passando attraverso l'intermediazione del giudice. Sarà sempre solo l'amministrazione che farà conseguire il bene della vita a chi ne ha diritto.

Sicché, si può concludere che ciò che caratterizza e distingue l'interesse legittimo dal diritto soggettivo è solamente la misura o il modo con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione.

9.4. Il procedimento amministrativo, oltre ad essere la forma dell'esercizio della funzione amministrativa, è anche lo strumento di composizione degli interessi, pubblici e privati, analogamente a quanto accade per il contratto nei rapporti privati. Esso costituisce il luogo dove confluisce sia la potestà pubblica in concreto esercitata e sia quella situazione che nasce accanto alla situazione base (diritto, possesso, mero potere e così via), vuoi dall'esercizio della potestà, vuoi dall'esercizio della stessa situazione base di cui è titolare il privato, e che quando viene esercitata nei confronti di un soggetto dotato di potestà, viene appunto denominata interesse legittimo.

Le situazioni si muovono su piani diversi e, pur confluendo nel procedimento, non possono mai fondersi come invece avviene nel contratto di diritto privato. Tale fusione, secondo alcuni è da escludersi anche nell'ipotesi in cui si pervenga ad un accordo procedimentale, atteso che esso non è niente altro che un particolare modulo di formazione della volontà dell'amministrazione.

9.5. Per meglio comprendere quanto si dirà a proposito dei "crediti edilizi" è utile fare un'altra premessa di teoria generale.

Il diritto di credito e l'interesse pretensivo, da un lato, e il diritto assoluto e l'interesse oppositivo, dall'altro, sono situazioni giuridiche soggettive profondamente diverse. Tuttavia vi sono dei tratti comuni.

Ai nostri fini il diritto di credito e l'interesse legittimo pretensivo sono caratterizzati dall'essere situazioni strumentali, nel senso che, per essere soddisfatto l'interesse al bene della vita cui sono proposte, hanno bisogno dell'intermediazione dell'opera di un altro soggetto, rispettivamente il creditore e il soggetto titolare di potestà. Il diritto assoluto l'interesse legittimo oppositivo sono delle situazioni finali, in cui il soggetto ha già una relazione diretta con il bene della

vita minacciato, che si sostanzia nella facoltà di godere del bene e di disporre della propria situazione soggettiva.

Sicché dall'altro lato non solo non vi è alcun obbligo di collaborazione, ma v'è piuttosto un obbligo di astenersi da ogni ingerenza nella relazione del soggetto con il bene.

Appare evidente che, mentre la seconda coppia di situazioni risulta essere monolitica, in quanto il suo nucleo essenziale è costituito semplicemente dal libero godimento del bene e dall'obbligo di astensione da parte di chiunque, anche della p.a., la prima coppia è molto più variegata.

Infatti, il soggetto può essere titolare di un mero potere che chiede di essere esercitato; di un diritto che intende espandersi in una direzione dove è necessaria l'autorizzazione o la concessione dell'amministrazione; di un vero e proprio diritto di credito o di debito nei confronti dell'amministrazione e così via.

Nel caso dell'azione amministrativa, che, in quanto procedimentalizzata, stabilisce il contatto giuridico con il privato a seguito dell'inizio del procedimento, si determina il legittimo affidamento. Esso consiste nel fatto che la p.a. - più che rispetto ad altri soggetti, i quali non si muovono all'insegna dell'imparzialità - si comporterà correttamente e quindi soddisferà la pretesa dell'atto favorevole, a meno che vi osti il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nel caso concreto, laddove porti a far prevalere un altro interesse.

Tale situazione soggettiva ha una dimensione patrimonialistica, nel senso che l'illegittimo sacrificio dell'affidamento giustamente riposto nell'esito favorevole del procedimento iniziato, può provocare una perdita di carattere economico, che, in quanto lesione di una situazione protetta in sé, va risarcita.

Delineare la dimensione patrimonialistica della situazione soggettiva di chi, attraverso l'atto amministrativo favorevole, intende conseguire il vantaggio derivante dagli effetti dell'atto, significa

valutare l'attuale possibilità di conseguire quel risultato, da accertarsi secondo un criterio di verosimiglianza, alla stregua del ***id quod plerumque accidit***.

Tale situazione soggettiva si radica, di norma, nel patrimonio dell'istante con l'apertura del procedimento amministrativo e non è costituita dal diritto alla pretesa, bensì dalla possibilità di ottenere il risultato favorevole a seguito del regolare corretto svolgimento del procedimento, dove si governano le regole della discrezionalità. Così congegnata la situazione protetta, ovverosia costituita non dal diritto al risultato, ma dalla possibilità di conseguirlo, si ha che essa è già concreta ed attuale a seguito dell'apertura del procedimento. Quel che varia è solamente la consistenza di tale possibilità, che si differenzia a seconda del normale esito del procedimento azionato.

In questo quadro la consistenza della possibilità di conseguire il risultato sperato è maggiore, anzi si tramuta in certezza, nei procedimenti vincolati, dove l'atto è praticamente dovuto; mentre invece è minima nei procedimenti altamente discrezionali (21).

10. Il valore patrimoniale della pretesa all'ottenimento del permesso di costruire.

Se le nozioni indicate vengono applicate ai diritti edificatori risulta agevole concludere che la cosiddetta possibilità edificatoria è un vero e proprio interesse legittimo pretensivo, non solo patrimonialmente valutabile, ma già presente nel patrimonio del titolare del fondo, non in base al diritto di proprietà bensì in base alla norma urbanistica che ha conferito a quest'ultimo la vocazione edilizia. Il "valore patrimoniale" di detta situazione giuridica soggettiva è dato dalla legittima aspettativa a conseguire il provvedimento favorevole in base a un criterio di normalità. Nel caso di specie la possibilità di conseguimento è particolarmente alta, in quanto l'amministrazione non potrà non emettere il permesso edilizio, nella consistenza volumetrica richiesta, se il fondo, in virtù della norma di piano, è ubicato in zona a vocazione edilizia.

La valenza patrimonialistica della situazione soggettiva si ricava "a contrario" sol che si pensi alle conseguenze derivanti dall'annullamento del permesso di costruire a causa della non esatta individuazione del soggetto legittimato ad ottenerlo o a causa del mancato o ritardato rilascio del permesso "maggiorato", laddove il ricorrente vittorioso chieda al giudice amministrativo il risarcimento per la lesione costituita dalla mancata possibilità edificatoria nel termine. Non vi è spazio qui per ricordare le tecniche di quantificazione della c.d. perdita di "chance" e del danno da ritardo nel nuovo processo amministrativo (22).

Sempre in base all'applicazione delle nozioni svolte, la patrimonialità della possibilità edificatoria consente di ricondurre la vicenda negoziale che la costituisce (la modifica o la trasferisce) nell'ambito dei contratti ad effetti reali, essendo questi caratterizzati proprio dalla capacità di modificare, attraverso la c.d. attribuzione patrimoniale, la sfera giuridica dei contraenti per effetto del semplice consenso legittimamente manifestato.

Inoltre, è nozione di teoria generale che la circolazione giuridica non ha ad oggetto beni ma situazioni giuridiche soggettive riguardanti beni. Pertanto anche l'interesse pretensivo, al pari di un diritto di credito semplicemente sperato (come nel caso di contributi promessi dal Comune a un'associazione sportiva) o di un'aspettativa di diritto, non solo può essere oggetto di negoziazione, ma può liberamente circolare, come una situazione giuridica compiuta in sé (23).

Come è stato autorevolmente (24) osservato, l'articolo 1376 del codice civile, laddove include anche "ogni altro diritto", vuole includervi tutte le situazioni giuridiche soggettive e non solamente i diritti personali di godimento. Inoltre, si può aggiungere, su questa norma si innesta anche quella di cui alla novella in esame, in quanto, laddove parla di diritti comunque denominati, non vuole riferirsi soltanto alle varie categorie dei diritti edificatori individuati, ma anche a tutte quelle situazioni giuridiche soggettive aventi una qualche connessione con le possibilità edificatorie dei fondi urbani.

11. La vicenda costitutivo-circolatoria dell'interesse pretensivo. Il c.d. "credito edilizio" e lo strumento dell'accordo procedimentale

Occorre ora indugiare sulla struttura procedimentale e negoziale in cui il diritto edificatorio si forma, si modifica o si trasferisce.

Se si guarda alla sostanza della vicenda, l'accordo tra i proprietari sulla cessione di cubatura, per essere efficace, deve avere l'assenso del Comune. Sembrerebbe, pertanto, un atto trilaterale o complesso. Bisogna però chiedersi se sia più corretto classificarlo come accordo procedimentale.

Per risolvere la questione occorre analizzare in concreto la vicenda giuridica: un soggetto intende costruire su un proprio terreno ma la volumetria che intende realizzare è maggiore rispetto a quella che gli standard gli consentono; nel procedimento per il rilascio del permesso di costruire produce anche l'accordo con il quale un altro proprietario di un terreno edificabile gli ha ceduto la volumetria che potrebbe realizzare; l'amministrazione comunale ha, così, acquisito tutti gli elementi per l'istruttoria del procedimento e, qualora l'edificio che s'intende costruire risulti conforme agli strumenti urbanistici, deve provvedere al rilascio del relativo permesso. Da questa fattispecie emerge che colui che acquista la cubatura realizzabile da un altro proprietario, acquisisce un diritto di costruire "maggiorato" perché utilizza la vocazione edilizia del suo terreno oltre a quella di un altro terreno.

A questo punto occorre chiedersi se possa acquisire la "maggiorazione" da un'area che non ha vocazione edilizia. La risposta è negativa. L'assenso del Comune, infatti, si chiede proprio per verificare la conformità dell'operazione allo strumento urbanistico. Sicché, se il Comune acconsente alla cessione di cubatura relativa ad un'area priva di vocazione edilizia, l'assenso è illegittimo ed è soggetto all'impugnativa vittoriosa del terzo o di qualunque altro interessato. Tutto ciò dimostra che la parte pubblica è necessaria,

immanentemente presente nella vicenda e assoggettata come tutti al principio di legalità

Naturalmente questo non esclude che vi possa essere una negoziazione tra privati da far valere nei confronti dell'amministrazione. Tuttavia, essa va spiegata nel senso che il titolare dell'interesse pretensivo, situazione giuridica sostanziale e compiuta in sé, può esercitarla non solamente nei confronti dell'amministrazione aprendo il procedimento amministrativo, così come normalmente avviene, ma anche nella direzione di soggetti privati, che nel caso di specie utilizza appunto il negozio di cessione per trasferire la situazione soggettiva di cui è titolare. A seguito dell'acquisto, quella situazione sostanziale può essere ancora esercitata nei confronti di altri soggetti privati, dando luogo al fenomeno conosciuto come "credito edilizio", oppure nei confronti dell'amministrazione aprendo il procedimento per il rilascio del permesso di costruire.

Il "credito edilizio", al di là di quanto detto sulla differenza tra diritto di credito e interesse pretensivo, è un'espressione atecnica (25). Infatti, il privato, a seguito dell'accordo con il soggetto che gli ha ceduto la propria capacità edificatoria, non vanta nei confronti della pubblica amministrazione nessun "diritto" ad edificare, bensì solo la legittimazione ad aprire il procedimento per ottenere il permesso di costruire. Né tanto meno il soggetto che gli ha ceduto il suo "credito edilizio" poteva garantirgli tale risultato.

Il "credito di volumetria" significa semplicemente che, pur prendendo origine da un dato terreno di proprietà, è in grado di circolare più o meno liberamente, anche più volte nel tempo, fino a che non vi sarà un soggetto che, aprendo il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, ottenga l'assenso dal Comune e realizzi la cubatura, sulla base delle norme urbanistiche.

Il punto più delicato riguarda la possibilità che il "credito" non si generi da un fondo, ma direttamente dallo strumento urbanistico

comunale, laddove l'ente crei (e ceda) diritti edificatori per "autopoiesi" (26).

Parimenti delicato è il possibile commercio tra privati dei crediti edilizi, ma anche tra privati e l'amministrazione comunale, laddove questa abbia interesse a creare una riserva per poi cederli al migliore offerente. Va da sé che il trasferimento di diritti edificatori "smaterializzati", al pari della cessione dei crediti, non solo è tecnicamente possibile, ma, con la formula onnicomprensiva adoperata dall'articolo 2643, n. 2 bis del codice civile, è anche possibile la trascrizione, dato che essa è organizzata su base personale, con il vantaggio pratico che gli atti relativi saranno opponibili e quindi prevalenti rispetto ad altri eventuali aventi causa.

Peraltro, la situazione soggettiva può circolare anche a procedimento già chiuso, ossia dopo il rilascio del permesso di costruire (vendita del fondo con il progetto approvato), in quanto essa si estingue solo a seguito della concreta realizzazione della volumetria.

L'affermazione secondo cui il soggetto pubblico è immanentemente presente nella vicenda si spiega in base alla considerazione che è proprio la "natura" della situazione giuridica sostanziale, ossia l'interesse pretensivo, che ne postula l'esistenza anche nella contrattazione privata, in quanto essa non può che esistere in presenza di un potere pubblico (o anche privato); e comunque essa non può che assumere "quella natura" a fronte di un soggetto dotato di potestà, unilateralmente esercitabile. Inoltre essa è sempre uguale a sé stessa, nel senso che non muta natura a seconda che venga esercitata verso l'amministrazione o verso soggetti privati.

Proprio in questo risiede la necessità di inquadrare la fattispecie della figura dell'accordo procedimentale, in quanto - a parte i diritti edificatori di nuova generazione (perequativi, premiali, compensativi), dove la vicenda, svolgendosi direttamente con il Comune, porta quasi naturalmente verso detto inquadramento, così come ritiene la dottrina dominante e la giurisprudenza - l'effetto

fondamentale del negozio che ha ad oggetto l'interesse pretensivo non consiste solamente nel far acquistare al ceduto una nuova situazione giuridica soggettiva, ma quella "specifica" situazione soggettiva, caratterizzata dalla legittimazione ad ottenere il provvedimento amministrativo favorevole.

Come vedremo, la sicurezza della negoziazione che il notaio stipulante deve garantire è proprio quella di assicurare all'avente causa la legittimazione al provvedimento amministrativo.

Peraltro, quanto alla natura dell'accordo procedimentale, in cui rientra la fattispecie in esame, già altrove si è tentato di dimostrare (27) quanto semplicistica sia l'idea che l'accordo procedimentale sarebbe un contratto a tutti gli effetti oppure un atto amministrativo il cui contenuto sia stato negoziato, con la conseguenza che il regime applicabile sarà o quello proprio del primo o quello proprio del secondo. Infatti, l'accordo procedimentale c.d. sostitutivo finisce con il coincidere con il c.d. contratto ad oggetto pubblico, anche se nella maggior parte dei casi genera obblighi e non obbligazioni. Tuttavia quando esso contempla profili strettamente patrimoniali può generare obbligazioni in senso tecnico e in questo caso diventa "nelle cose" contratto in senso proprio; e non sono le parti a stabilire se l'attività giuridica compiuta sia da qualificarsi come contratto e se questo sia di diritto privato o di diritto pubblico, ma è l'ordinamento che ricollega determinati effetti a una determinata attività.

Il legislatore, nel dettare l'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, ha individuato nell'accordo la categoria giuridica più ampia ed innocua possibile ed esso può vivere nell'ordinamento isolatamente oppure accompagnato ad un provvedimento amministrativo.

È utile aggiungere che, come già accennato, il legislatore alla fin fine, per l'espressione generica usata, lascia intendere che non aveva necessità di tipizzare il contratto di cessione dei diritti edificatori. Infatti, la norma usa la parola "contratti", al plurale, essendo evidentemente ben consapevole sia che è la natura giuridica del diritto edificatorio a determinare il tipo di contratto, sia che vi sono

vari modi di costituire modificare e trasferire il diritto medesimo, sia infine che anche le parti sono di qualità e numero variabile. Tanto più che la norma si inserisce in un contesto dove le microconvenzioni urbanistiche venivano stipulate con atto pubblico trascritto.

Il ragionamento svolto dimostra che una corretta ricostruzione non deve basarsi sull'accordo trilaterale o sull'atto complesso, ma sull'istituto dell'accordo procedimentale previsto dall'art. 11 della L. 241/90. Il permesso di costruire, infatti, non è altro che un atto amministrativo, se pure vincolato, il cui contenuto, nell'ipotesi particolare di cessione di cubatura, viene definito con la collaborazione dei privati.

12. La trascrizione del contratto avente ad oggetto l'interesse pretensivo.

Venendo alla trascrizione, bisogna premettere che, prima dell'introduzione della nuova ipotesi di cui all'art. 2643 del codice civile, e al di là dell'artifizio ricordato della costituzione di servitù negativa collegata con un mandato *in rem propriam*, gli orientamenti erano nel senso di ritenere possibile la trascrizione, laddove si ritenesse la realità della volumetria; mentre invece questa non era possibile, laddove, ritenendosi che non si potesse prescindere dal provvedimento amministrativo del Comune, l'accordo non poteva che avere un carattere obbligatorio.

Questo ovviamente, come già ricordato, comportava diverse forme e gradi di tutela in caso di inadempimento, potendosi nel secondo caso solamente ammettersi il risarcimento del danno, in conseguenza del fatto che il cedente non aveva posto in essere i presupposti necessari al cessionario per ottenere il permesso edificatorio con cubatura maggiorata.

Il fatto che il legislatore abbia scelto di introdurre la trascrivibilità nel commercio dei diritti edificatori, a meno di non sconvolgere il sistema delineato dall'articolo 1376 del Codice Civile,

impone, come già si diceva, di considerare il contratto di cessione tra quelli ad effetti reali e non più obbligatori.

La seconda conseguenza della prevista trascrivibilità è quella di risolvere i conflitti tra più aventi causa, secondo la nota regola della prevalenza di chi per primo trascriva, senza che questo nulla tolga o aggiunga al procedimento amministrativo teso ad ottenere il permesso di costruzione, che rimane fuori dal meccanismo protettivo della trascrizione (28).

In altri termini, il cessionario, pur protetto dal meccanismo di cui all'articolo 2644 del codice civile, non potrebbe andare oltre il risarcimento del danno qualora il cedente non presenti l'atto di asservimento nei confronti del comune, che rimane comunque estraneo al rapporto.

Tuttavia, sarebbe davvero minimo il risultato ottenuto dal legislatore, se non si potesse ritenere che a seguito della trascrizione il cessionario non possa procedere autonomamente nei confronti del Comune, atteso egli è divenuto l'unico legittimato a chiedere il provvedimento; e al tempo stesso se il Comune non potesse esser vincolato da quanto risulta dal registro della conservatoria immobiliare.

In altri termini, l'amministrazione non ha più la necessità di ottenere un ulteriore consenso da parte del cedente una volta che è stato trascritto il contratto di cessione. La norma intende mettere in condizione l'amministrazione di poter procedere al rilascio del permesso di costruire sulla base della semplice visura catastale, in quanto il contratto trascritto equivale all'atto di asservimento, che prima della riforma costituiva il necessario presupposto per rilascio della concessione a favore di un soggetto diverso dal proprietario del fondo. Fissare in capo al Comune l'onere delle visure catastali, significa, non solo verificare che colui il quale chiede il rilascio del permesso di costruire per una cubatura maggiore sia legittimato sulla base di un regolare contratto di trasferimento, ma che questi abbia anche osservato la continuità delle trascrizioni, ivi compresa la verifica che non siano stati trascritti a carico del cedente pregressi

pignoramenti o iscrizioni di ipoteche sul terreno edilizio da cui ha preso il 'volo' la cubatura ceduta.

Questo naturalmente comporta, per il notaio, il compito di far risultare l'estinzione dell'interesse legittimo in capo al cedente e l'acquisizione del medesimo in capo al cessionario, non esclusa la necessità della indicazione della consistenza della volumetria trasferita, della descrizione del bene da cui prende il "volo" il diritto edificatorio e quella del bene su cui si può realizzare l'eventuale "atterraggio". Sicché diventa importante verificare se la normativa codicistica in materia consenta la completa gestione della complessa vicenda traslativa. L'utilizzazione degli artt. 2645 e 2655 del codice civile diventa inevitabile, al pari del famoso riquadro N del modello di trascrizione, significativamente definito ***refugium peccatorum*** dei notai (29). L'utilizzazione del riquadro è tanto più necessaria quanto più si consideri che l'oggetto della trascrizione non è l'atto bensì l'effetto dell'atto, quindi bisogna che questo venga compiutamente descritto.

Non a caso si è suggerito di utilizzare proprio il quadro D della nota di trascrizione per ospitare tutti gli elementi che contribuiscono a determinare ed a rendere perfettamente individuabili i contenuti del diritto oggetto di pubblicità immobiliare, al pari di quanto normalmente avviene quando viene costituita una servitù (30).

In buona sostanza, i notai debbono avere consapevolezza, essendo l'oggetto del trasferimento l'interesse legittimo pretensivo, che l'effetto giuridico fondamentale della vicenda negoziale non è dato dalla realizzazione della volumetria ma dall'esito positivo del procedimento di rilascio del permesso di costruire. In altri termini, devono porre in essere tutti gli accorgimenti idonei a far conseguire al cessionario il risultato finale dell'operazione, dato dal rilascio a questi e non ad altri del permesso di costruire.

13. Cenni sulla Giurisdizione.

Il cambio di prospettiva che l'importante riforma impone agli operatori pratici si estende anche alla giurisdizione. Infatti, essa si radica in capo il giudice amministrativo, che, dovendo conoscere della legittimità del rilascio del permesso di costruire, deve valutare la sussistenza dei presupposti dell'atto e dei riflessi invalidanti che su di esso ha avuto la trascrizione del negozio di trasferimento, ivi compresa la distribuzione della responsabilità risarcitoria, che si estende anche al notaio che non abbia adeguatamente rappresentato all'amministrazione la giusta legittimazione all'apertura del procedimento amministrativo o quella -a compensazione- del soggetto che ha imprudentemente omesso di trascrivere; e ciò sia in caso di controvesia susseguente all'annullamento dell'atto sia di controversia risarcitoria autonoma (art. 30 Cpa).

Ciò è tanto vero quanto più si consideri che la materia degli accordi procedimentali al pari di quella dell'urbanistica e dell'edilizia rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 7 e 133 Cod. Proc. Amm.).

G. Paolo Cirillo
Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Note

(1) Sul punto vedasi: N. Irti, Prefazione al volume "Amministrazione pubblica e diritto privato" di V. Cerulli Irelli, Torino 2011; G .'P. Cirillo, Prefazione alla prima edizione del volume "Diritto civile pubblico", direkta, Roma 2012.

(2) Per una rassegna si veda:Ceccherini, Asservimento di area edificabile cessione di cubatura, in Nuova giurisprudenza civile commerciale, 2009,II 557; Felis, Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura, in Contratto impresa, 2011,632 ss.

(3) G. Trapani, Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto?, In studi e materiali del CNN l', 2011, reperibile con il titolo La cubatura quale bene in senso tecnico, in www.notaicomolecco.it, 31; Bartolini, Profili giuridici del c. d, credito di volumetria, in Riv. Giur.Urbanistica,

2007,304; Mazaro Gamba, Credito edilizio, compensazioni poteri di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta, in Riv. Giur. Uistica, 2005, II, 644; M.Fracanzani, Il credito edilizio nella leggi regionale veneto n.11/04: emissione di carta moneta, in www. Giustizia-amministrativa.it.

(4) P. Stella Richeter, Diritto urbanistico, Milano, 2010, 51.

(5) Per una rassegna incrociata tra il diritto pubblico e il diritto privato si veda: G. Trapani, I diritti edificatori, in Riv. Not., 2012,0 4,775.

(6) Da ultimo, per una rassegna aggiornata dell'origine dell'istituto, si veda: S. De Paolis, Riflessioni in tema di trasferimento di volumetria, in Riv. Giur. Dzia, 2011,0 5,199.

(7) Una rassegna critica della legislazione viene fatta da G. A. Di Vita, Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella, in Il notaro, 15-30 novembre 2011.

(8) Una rassegna rapida si può anche vedere in G. P. Cirillo, Diritto civile pubblico, cit., 367-372.

(9) Si vedano, a cominciare dalla prima, la fondamentale: Cass. n.4245 del 29/6/1981 e quelle successive conformi, tra cui Cass. n. 1352 del 22 febbraio 1996.

(10) G. Trapani, I diritti edificatori, in Riv. Not.,cit., 775.

(11) Cass. 14 dicembre 1988 n. 6807; Cass. 20 dicembre 1983 n. 7499. Ma anche: Libertini, Sui <<trasferimenti di cubatura>>, in Contratto impresa, 1991, 92 e ss. , dove già si definiva l'istituto come un diritto reale atipico simile alla servitù.

(12) G.A. Di Vita, Riflessioni sul tema "cessione di cubatura": una lettura provocatoria della novella, in Il notaro, cit., 93 ss.. Tale Autore sembra inclinare per tale soluzione, anche se non si nasconde le difficoltà. In ogni caso, ai fini della trascrizione propone ai notai di utilizzare lo stesso schema che viene usato per gli atri diritti reali di godimento, in ispecie le servitù. In ogni caso sembra molto interessante la valorizzazione da parte di -S. De Paolis (Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria, in rivista giuridica edilizia, 2005, 5, 223) di quelle dottrine (A. Bartolini, A Maltoni, (a cura di), Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto, Atti del convegno AIDU, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, 97) che vogliono separare i diritti edificatori dallo ius aedificandi, essendovi' tra le due posizioni soggettive un rapporto di tipo quantitativo, laddove i diritti indicano solo la misura del secondo esercitabile sul fondo, che quindi continua a rimanere una delle facoltà del diritto di proprietà, legittimando così la necessità di un intervento della legge statale, che l'unica che può regolare i rapporti privatistici.

(13) F. Gazzoni, Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, in Gius. Civ., 2012,101 ss.

(14) Bartolini, profili giuridici del cosiddetto credito di volumetria, in rivista giuridica urbanistica, 2007,304; fantini, profili pubblicistici dei diritti edificatori, in www.giustizia-amministrativa. it, 6.

(15) Di Vita, cit., 89, giustamente fa notare come ciò di cui si sentiva la necessità non era tanto l'attribuzione del connotato della tipicità al contratto, diffuso nella prassi, per realizzare la cessione di cubatura, in quanto in sede giurisprudenziale il meccanismo di cui al testo aveva funzionato bene, quanto piuttosto l'esigenza di una qualificazione sotto il profilo giuridico della vicenda, che comunque dal legislatore non è venuta e forse non poteva venire.

(16) G. P. Cirillo, L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo, in www.giustizia-amministrativa .

(17) Per una ricostruzione della vicenda, sintetica ma efficace, su cui esiste una letteratura sterminata, si rinvia a S. De Paolis, cit, 199-212 e le note ivi contenute.

(18) Per piu ampi riferimenti si rinvia a G. P. Cirillo, Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio, Padova, 2003, 83 ss.

(19) P. Rescigno, Manuale di diritto privato, edizione a cura di GP Cirillo, Milano, 2000,211. In tale contesto il chiarissimo autore mette in rilievo anche la storicità della distinzione tra diritti di interessi, destinata ad affievolirsi attraverso l'estensione della giurisdizione esclusiva

(20) L. Bigliazzi-Geri, Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967, passim, cui si rinvia per la formulazione dell'interesse legittimo quale situazione di rapporto, che lega la situazione inattiva di vantaggio del titolare al potere dell'altro.

(21) Per più ampi svolgimenti, anche applicativi, si rinvia ancora a G. P. Cirillo, Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio, cit., 203 ss.

(22) In ogni caso si rinvia per una sintesi generale a G.P. Cirillo, Il risarcimento del danno e l'incidenza nella sua valutazione della mancata proposizione dell'azione di annullamento, in www.giustizia-amministrativa.it

(23) Per tutti, F. Gazzoni, op. cit.,107. Ma si rileggano anche: F. Pugliatti, Il trasferimento delle situazioni soggettive,I,1964; R. Nicolò, Istituzioni di diritto privato,I,1962; C.M. Massimo Bianca, La proprietà, 2005.

(24) F. Gazzoni, Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione, cit., 107.

(25) F. Gazzoni, op. ult. cit., 112.

(26) Bartolini, cit., 438. Pur essendo questo un fenomeno limitato, sembra sia necessaria una legge statale che abiliti il comune ad autogenerare diritti edificatori, prescindendo da un proprio diritto di proprietà, poiché il fenomeno sembra andare oltre la concezione della proprietà conformata, già a stento giustificata dal principio costituzionale della funzione sociale della proprietà.

(27) G. P. Cirillo, I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche, 178 ss.,in Manuale di diritto civile e commerciale, diretto da N. Lipari P. Rescigno C. Angelici.

(28) F. Gazzoni, op. cit., 109 ss.

(29) F. Gazzoni, op. cit, 115.

(30) G.A. Di Vita, op cit., 93. Forse è il caso di riportare i suggerimenti proposti dall'autore a pag. 93:<<Sicché la trascrizione deve rispettare le esigenze di una normale formalità di trascrizione, articolantesi nello sviluppo dei quadri del modello di nota, noti come quadri "A", riferibile al titolo, "B", riferibile all'immobile, "C", riferibile ai soggetti a favore e a carico dei quali viene effettuata la trascrizione e al diritto oggetto di pubblicità, e "D" riferibile a quegli elementi del titolo idonei a chiarire aspetti riferibili ai contenuti degli altri quadri.

La nota di trascrizione relativa alla costituzione del diritto di edificare dovrebbe allora esporre nel quadro A, il riferimento al titolo dal quale detto diritto trae origine, ovvero ad una convenzione fra il privato e la Pubblica Amministrazione, attuativa del disposto di legge con riferimento

alla fattispecie compensativa, premiale o perequativa posta in essere concretamente, o ad un accordo fra privati idoneo, come evidenziato, a far assurgere il diritto di edificare, estrapolato dal diritto di proprietà, a diritto autonomo "in re aliena".

Nel quadro B dovrebbero essere indicati sia l'immobile che viene a subire la depauperazione del relativo diritto ad edificare che l'immobile, ove sussista e sia individuato nel titolo, che abbia godere dell'arricchimento di cubatura; è da sottolineare che in ogni caso, una volta individuato il fondo depauperato, resta assicurata la pubblicità "erga omnes" sia della perdita, per il fondo stesso, del diritto di edificare, indirettamente evidenziandosi il vincolo di inedificabilità che viene conseguentemente a gravare sul terreno stesso, che il sorgere del nuovo diritto di edificare, il quale, successivamente a tale formalità, dovrebbe circolare come diritto autonomo, con riferimento, sotto il profilo oggettivo, al fondo depauperato e, sotto il profilo soggettivo, alle parti del contratto di trasferimento eventualmente posto in essere successivamente alla sua costituzione.

Nel quadro C dovrebbero trovare collocazione i soggetti rispettivamente proprietario del fondo depauperato, quale soggetto a carico, e proprietario del fondo arricchito o acquirente del diritto di edificare, quale soggetto a favore.

Successivamente alla sua costituzione, regolarmente assoggettata al trascrizione, il diritto di edificare, cedendo alla classificazione del diritto stesso come un nuovo diritto "in re aliena", dovrebbe circolare, con riferimento al fondo dal quale risulti estrapolato ed ora avulso, anche in presenza di un fondo di riferimento individuato nell'atto di costituzione, a favore di un diverso soggetto, resosi acquirente dall'originario beneficiario.

Le fattispecie contrattuali relative alla circolazione e alla modificazione del diritto in oggetto sono, comunque, esattamente uguali a quelle, titolo gratuito o a titolo oneroso, idonea a trasferire un qualsiasi diritto reale e, come tali, soggetti a trascrizione.

Per il caso di circolazione del diritto di edificare, una volta che si sia originato e abbia costituito oggetto di pubblicità immobiliare, dovrebbe ritenersi assolutamente praticabile anche l'ipotesi della divisibilità del diritto di edificare a discrezione del relativo titolare, in qualsiasi momento della relativa circolazione si intenda attuare, in termini concreti, detta astratta divisibilità; questa potrebbe essere operata dalla relativo titolare, sotto il profilo reale, individuando più fondi propri di consolidamento del diritto, nel rispetto degli standard limitativi delle potenzialità edificatoria delle singole zone di appartenenza, o essere il risultato di più accordi inter soggettivi, idonei a determinare il frazionamento dell'originario unico diritto in funzione di più acquirenti, ciascuno legittimato, poi, a determinare l'arricchimento, sotto il profilo della potenzialità edificatoria, di uno o più fondi propri od anche altrui, fin da ora paventando, però, difficoltà

connesse con la necessità di quantificare detti diritti derivati, in termini assoluti e/o di percentuale, rispetto alla volumetria propria del terreno stesso originariamente depauperato.>>

Può essere utile ricordare che il regime fiscale, tenuto conto dell'indirizzo giurisprudenziale in tema di cessione di cubatura, dovrebbe essere il seguente: imposta di registro 8%; imposta di trascrizione 2%. Se alienante è impresa cessione soggetta ad Iva 21%-registro, trascrizione catastale in misura fissa

utorità: Cassazione civile sez. un.
Data: 16/06/2014
n. 13673
Classificazioni: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - - in genere

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI	Luigi Antonio	- Primo Presidente f.f. -
Dott. BERRUTI	Giuseppe	- Presidente di sez. -
Dott. RORDORF	Renato	- Presidente di sez. -
Dott. SALVAGO	Salvatore	- Consigliere -
Dott. PICCININNI	Carlo	- Consigliere -
Dott. MACIOCE	Luigi	- Consigliere -
Dott. MAZZACANE	Vincenzo	- Consigliere -
Dott. CHIARINI	Maria Margherita	- Consigliere -
Dott. SAN GIORGIO	Maria Rosaria	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ordinanza

sul ricorso 4398-2013 proposto da:

MARIO VINELLA S.R.L., in persona dei legali rappresentanti pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PORTUENSE 104, presso la sig.ra DE ANGELIS ANTONIA, rappresentata e difesa dall'avvocato PAPPALEPORE VITO AURELIO, per deLega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

M.F., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA COSSERIA 2, presso lo studio dell'avvocato PLACIDI ALFREDO, rappresentato e

difeso dall'avvocato PACCIONE LUIGI, per delega in calce al controricorso;

- controricorrente -

e contro

NADIR S.D.D. A R.L., COMUNE DI PUTIGNANO, VIN SPORT PROJECT S.R.L.;

- intimati -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 628/2012 del TRIBUNALE di Bari -Sezione distaccata di PUTIGNANO;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/11/2013 dal Consigliere Dott. MARIA ROSARIA SAN GIORGIO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale dott. GOLIA Aurelio, il quale chiede alla Corte di rigettare il ricorso, dichiarando la competenza giurisprudenziale del giudice ordinario.

Fatto

RITENUTO IN FATTO

1. - La vicenda che ha dato origine al regolamento preventivo di giurisdizione sottoposto all'odierno esame delle Sezioni Unite ha ad oggetto l'intervento edilizio eseguito nel Comune di Putignano, relativo alla realizzazione di un centro sportivo denominato (OMISSIS).

All'esito di un complesso sviluppo della relativa convenzione urbanistica e del piano di lottizzazione, con atto di citazione notificato il 18 giugno 2012 il sig. M.F., premesso di essere proprietario dell'appartamento per civile abitazione sito nel Comune di Putignano nello stabile al confine con la predetta lottizzazione, ha convenuto in giudizio le imprese Mario Vinella s.p.a., Vin Sport Project, Nadir S.S.D. a r.l. ed il citato Comune, assumendo che tali società, con il concorso del Comune, avrebbero perpetrato il reato di lottizzazione abusiva, cagionandogli danni di cui chiese il risarcimento. In particolare, il M. dedusse che l'intervento realizzato dalla Mario Vinella s.r.l. all'interno del comparto Cl/3, si sarebbe fondato su provvedimenti autorizzativi della p.a. asseritamente inesistenti o nulli, e, come tali, inidonei a derogare al precedente Piano di Fabbricazione del Comune di Putignano ed al preesistente Piano di Lottizzazione approvato con Delib. Consiglio Comunale 14 dicembre 1981, n. 201.

2. - La società Mario Vinella s.r.l., costituendosi in giudizio, ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore di quello amministrativo. Quindi, ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ..

Rileva la ricorrente che il petitum sostanziale integra una domanda finalizzata a far valere, nei confronti del Comune e degli altri convenuti il preteso diritto al risarcimento del danno conseguente alla asserita illegittimità dell'attività provvedimentale della pubblica amministrazione: attività che, investendo un potere esercitato in carenza dei suoi presupposti, non potrebbe che essere oggetto di esame da parte del giudice amministrativo.

La giurisdizione di quest'ultimo poggerebbe altresì sulla specifica materia oggetto di controversia, vertendo le domande proposte dall'attore innanzi al Tribunale in ambito urbanistico.

2.1. - Il sig. M. ha resistito con controricorso, osservando che la controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, attenendo a rapporti eminentemente civilistici di vicinato, e quindi non attenendo al sindacato sull'esercizio di attività discrezionali dell'amministrazione pubblica, bensì comportamenti illeciti di privati sottoposti al principio generale del neminem laedere.

2.2. - Il Procuratore Generale della Cassazione, nelle conclusioni scritte, ha chiesto rigettarsi il ricorso, con declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo trattarsi di causa tra privati involgente posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di diritti soggettivi: sicchè, quand'anche le violazioni denunciate attengano ad una costruzione realizzata in conformità ad una concessione edilizia illegittima, il giudice ben potrebbe accertare "incidenter tantum" l'illegittimità di essa, disapplicando l'atto amministrativo.

2.3. - La Mario Vinella s.r.l. ha depositato memoria illustrativa.

Diritto
CONSIDERATO IN DRITTO

1.- Appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie tra proprietari di fabbricati vicini aventi ad oggetto questioni relative all'osservanza di norme che prescrivano distanze tra le costruzioni o rispetto ai confini, essendo anche a tale materia applicabile il principio secondo il quale nei rapporti tra privati non si pone una questione di giurisdizione, essendo la posizione di interesse legittimo prospettabile solo in rapporto all'esercizio del potere della P.A., che, invece, in tali controversie non è parte in causa (Cass., S.U., ord. n. 21578 del 2011).

Nè a tal fine rileva l'avvenuto rilascio di concessione edilizia, atteso che il giudice ordinario, cui spetta la giurisdizione, vertendosi in terna di assunta violazione di un diritto soggettivo, può incidentalmente accertare l'eventuale illegittimità della concessione edilizia medesima, onde disapplicarla; mentre la giurisdizione del giudice amministrativo è al riguardo configurabile allorchè la controversia sia insorta tra il privato e la pubblica amministrazione, per avere il primo impugnato detta concessione al fine di ottenerne l'annullamento nei confronti della seconda" (Cass., S.U., n. 9555 del 2002).

Invero, quando in una controversia tra privati, attinente a diritti soggettivi, il giudice debba vagliare situazioni presentanti aspetti di pubblico interesse o possa trovarsi a scrutinare la legittimità di provvedimenti amministrativi, le questioni che insorgono circa i confini dei poteri al riguardo del giudice ordinario attengono, data l'estraneità della pubblica amministrazione al giudizio, al merito e non alla giurisdizione, investendo l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario (divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo, ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, art. 4).

2. - Nella specie, non viene in rilievo esclusivamente il rapporto tra l'attore e la società V.M. e le altre società convenute per la cui regolamentazione si intenda ottenere la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi che rappresentano il presupposto del danno fatto valere dall'attore. La tutela risarcitoria viene richiesta altresì nei confronti del Comune di Putignano, e passa attraverso il giudizio di illegittimità di detti provvedimenti amministrativi.

E' sufficiente, al riguardo, considerare le conclusioni dell'atto di citazione notificato dal M., là dove si fa riferimento alla richiesta di accertamento e declaratoria della illegittimità della condotta della Mario Vinella s.r.l., siccome integrante lottizzazione abusiva; della responsabilità della stessa società ai sensi dell'art. 2933 c.c., comma 1, per inadempimento del divieto di costruzione nelle aree soggette a vincolo di in edificabilità; della responsabilità della società ai sensi dell'art. 872 cod. civ. per violazione delle norme urbanistiche in materia di localizzazione degli edifici del Piano di Lottizzazione e di distanze tra gli stessi; della violazione, da parte di detta società, nella edificazione

del Centro (OMISSIS), di tutti i parametri urbanistici ed edilizi imposti dal PdL approvato dal Comune di Putignano, realizzando edifici per una cubatura vietata dagli strumenti urbanistici.

3. - Va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

La complessità e la peculiarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio per il regolamento.

PQM
P.Q.M.

La Corte, pronunciando sul ricorso, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e rimette le parti dinanzi al Tribunale amministrativo regionale territorialmente competente. Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite civili, il 12 novembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 16 giugno 2014

Note

Interessi protetti / beni, diritti reali

Kley Editoria e strumenti professionali VEDI

09/02/13

<< indietro

"DISTANZE, CONFINI E RAPPORTI DII VICINATO: USUCAPIONE DI SERVITU' IN VIOLAZIONE DI STRUMENTI URBANISTICI" - RM

Mazzon Riccardo

Sollecitata da contrastata fattispecie processuale, chiamata a decidere in merito alla possibilità di usucapire il diritto di servitù di tenere un edificio a distanza inferiore a quella legale,

"nel marzo (OMISSIS), stando all'odierno ricorso, O.S. e F.G. acquistavano dai signori N. un capannone, originariamente adibito a macello, già abusivo e successivamente condonato, posto a circa m. 1,40 da altro fabbricato dei venditori, sito in (OMISSIS). Nello stesso anno, previa concessione edilizia, i ricorrenti trasformavano l'immobile in edificio residenziale. I venditori impugnavano invano la concessione edilizia davanti al Tar e denunciavano penalmente gli acquirenti, che venivano assolti dal pretore di Tirano. Nel marzo 1998 i Signori N. agivano davanti al tribunale di Sondrio per la tutela delle distanze dal proprio fabbricato" Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI) - cfr., amplius, "I rapporti di vicinato e le distanze legali: tutela e risarcimento" - Riccardo Mazzon - CEDAM 2013, in Collana SapereDiritto)

fattispecie processuale caratterizzata da decisioni contrastanti, assunte dai giudici di merito interessati in prime cure ed in appello,

"il 26 aprile 2002 il tribunale respingeva la domanda, riconoscendo in capo ai convenuti il diritto di servitù di tenere l'edificio a distanza inferiore a quella legale, pari a quella originaria, di pochissimo modificata. La Corte d'appello di Milano, il 27 agosto 2004, accoglieva l'appello e, ravvisata la violazione delle norme edilizie, condannava gli odierni ricorrenti all'arretramento della costruzione fino a 10 mt. e al pagamento di tremila Euro a titolo di risarcimento danni. A tal fine la Corte riteneva: A) che la sentenza penale di assoluzione non faceva stato sulla violazione delle distanze, perchè aveva assolto gli imputati per incertezza della prova sulla demolizione totale e non parziale del capannone. B) che l'edificio costruito aveva copertura con sagoma difforme dall'originaria, pareti con altezze diverse, un maggior numero di piani fuori terra, caratteristiche estetiche e tipologiche diverse, volumetria maggiore di 3,28 mc e quindi non costituiva ristrutturazione, costituita da modificazioni per lo più soltanto interne, ma nuova costruzione soggetta alla normativa comunale. C) che non vi era stato l'acquisto per usucapione di servitù sulla distanza di m 1,40, perchè: 1) le norme sulle distanze sono inderogabili e non consentono la costituzione di una servitù di contenuto illecito; 2) con la totale demolizione del fabbricato preesistente, il preteso diritto di servitù si sarebbe estinto. O.S. e F.G. ricorrono per cassazione esponendo 5 motivi e resistono con controricorso al ricorso incidentale degli intimati e controricorrenti N.F., Fe., G. e L., i quali hanno esposto due motivi di doglianza. Sono state depositate memorie ed è stata disposta la riunione dei ricorsi ex art. 335 c.p.c." Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

la Suprema Corte, respinto nel modo che segue un primo motivo di ricorso,

"il primo motivo di ricorso, che denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 652 c.p.p., è infondato. I ricorrenti assumono che il pretore di Tirano, nell'assolverli dall'imputazione di violazione della L. n. 47 del 1985, art. 20, lett. B, avrebbe accertato l'insussistenza di ogni infrazione della normativa edilizia "nè del vincolo delle distanze fra edifici"; avrebbe stabilito che il vecchio capannone si trovava a distanza inferiore a quella prevista dall'art. 873 c.c., e che la ricostruzione si trovava ove era ubicato il precedente. Pertanto il primo giudizio avrebbe effetto di giudicato sul secondo, essendo identiche le questioni dibattute, risarcimento e demolizione. La Corte deve in primo luogo qui rilevare che secondo le Sezioni Unite "il giudice di legittimità può direttamente accertare l'esistenza e la portata del giudicato esterno con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo ed alla diretta valutazione ed interpretazione degli atti processuali, mediante indagini ed accertamenti, anche di fatto, indipendentemente dall'interpretazione data al riguardo dal giudice di merito" (Cass. 24664/07). L'esame degli atti, cioè della sentenza 2/18 dicembre 1996 del pretore di Tirano, prodotta con l'attestazione del passaggio in giudicato (su tale onere cfr Cass. 8478/08), esclude quanto affermato da parte ricorrente. In primo luogo si rileva infatti che non sussiste l'indispensabile identità di parti (Cass. 20325/06), giacchè dalla intestazione della sentenza pretorile risulta che in qualità di parte civile erano costituiti soltanto due dei signori N., F. e Fe.. In secondo luogo non risulta, come puntualmente rilevato dai controricorrenti, che la sentenza abbia avuto come oggetto di esame la sussistenza del "vincolo delle distanze tra edifici". L'imputazione riguardava l'illiceità dell'esecuzione della ristrutturazione mediante integrale demolizione e costruzione di un fabbricato "del tutto nuovo e diverso"; la decisione si è imperniata sul mancato raggiungimento della prova di una completa demolizione dell'immobile ristrutturando, senza porre a fondamento le questioni

relative alla distanza tra i fabbricati di cui si tratta" Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI)

riconosce che la questione propostaLe con il secondo motivo - non prospettando, quanto all'usucapibilità della servitù di tenere un immobile a distanza minore da quella imposta dalla legge, una distinzione tra la disciplina delle distanze previste dal codice e quelle dettate dai regolamenti integrativi -, riveste particolare problematicità, essendo tra le più controverse:

"il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art 873 c.c.. I ricorrenti vantano la titolarità di una servitù, acquisita per destinazione del padre di famiglia o per usucapione, di mantenere il proprio edificio a distanza inferiore a quella prevista dalla norma indicata. Contrastando la tesi, fatta propria dalla sentenza impugnata, della impossibilità di costituire siffatta servitù perchè illecita e contraria all'ordine pubblico, parte ricorrente sostiene che secondo la giurisprudenza e parte della dottrina nulla osta alla costituzione, anche per usucapione, di una servitù avente come contenuto il diritto di tenere l'edificio a distanza minore da quella legale. Aggiunge che il sopravvenuto condono ha cagionato anche la regolarizzazione dell'edificio sotto il profilo urbanistico. Infondatamente parte resistente oppone che la questione dell'acquisto della servitù per destinazione del padre di famiglia non sarebbe proponibile perchè gli acquirenti non ne avrebbero fatto oggetto di appello indentale. Mette conto ricordare che la parte vittoriosa nel merito (come erano i sigg. O. e F.), la quale, in caso di gravame del soccombente, chieda la conferma della decisione impugnata (come è incontroverso, cfr ricorso pag. 15 in fine) difetta di interesse alla proposizione dell'impugnazione incidentale ed ha soltanto l'onere di riproporre dette questioni, ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ., per superare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo. (Sez. Unite n. 3717/07; Cass. 23489/07). Il motivo, che menziona l'art. 873 c.c., va inteso - contrariamente a quanto dedotto in controricorso come doglianza riferita anche alle distanze prescritte "dai regolamenti comunali e integrative del codice civile", secondo l'espressione usata dalla sentenza impugnata, posto che queste ultime traggono la propria forza proprio dall'esser considerate parte integrante della norma cui si riferisce l'impugnazione e che la sentenza (e l'impugnazione) non ha prospettato una distinzione tra la disciplina delle distanze previste dal codice e quelle dettate dai Regolamenti integrativi. La questione che viene ora posta alla Corte è tra le più controverse" cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

Iscriviti a Persona e Danno

Entra a far parte della **nostra associazione**.
Numerosi vantaggi **per dare visibilità** alla tua professione.

ISCRIVITI

Nel ricostruire storicamente la vicenda, la Suprema Corte rammenta che:

- nel tempo si sono contrapposte tesi dottrinarie favorevoli alla derogabilità delle distanze previste dal codice civile o dai Regolamenti e opinioni del tutto contrastanti;
- la giurisprudenza ha manifestato nel tempo analoghe divergenze;
- da molto tempo si afferma che le disposizioni contenute nei regolamenti comunali edilizi, essendo dettate essenzialmente nell'interesse generale, a differenza di quelle contenute nel codice civile, trascendono l'interesse meramente privatistico e non tollerano deroghe convenzionali, le quali, se stipulate, sono invalide anche nei rapporti interni fra proprietari confinanti;
- a questi ultimi è consentito soltanto, nel rispetto delle distanze fra le costruzioni, di accordarsi sulla ripartizione del relativo obbligo (tra le tante: Cass. 6512/80; n. 287/80; 5711/87; 8260/90; 12984/99; n. 237/00; 2117/04; 6170/05);
- aderendo al suggerimento dottrinario secondo il quale dalla soluzione data al problema della derogabilità delle distanze legali tra edifici dipende la possibilità o meno di far sorgere per usucapione la servitù contraria alla distanza legale, la giurisprudenza è pervenuta all'affermazione che deve ritenersi inammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme inderogabili degli strumenti urbanistici locali, non potendo l'ordinamento accordare tutela ad una situazione che, attraverso l'inerzia del vicino, determina l'aggiramento dell'interesse pubblico cui sono prevalentemente dirette le disposizioni violate (Cass. 20769/07);
- nel contempo, però si continua a stabilire che le norme sulle distanze di cui all'art. 873 c.c., dettate a tutela di reciproci diritti soggettivi dei singoli e miranti unicamente ad evitare la creazione di intercapedini antigieniche e pericolose, sono derogabili mediante convenzione tra privati (Cass. 12966/06) e a riconoscere che nell'ipotesi di alienazione di un immobile realizzato in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 873 cod. civ., il successore a titolo particolare può invocare l'acquisto per usucapione del diritto (servitù) di mantenerlo a distanza inferiore a quella legale (eventualmente unendo, in virtù del principio dell'accessione di cui all'art. 1146 cod. civ., comma 2, al proprio possesso quello del suo dante causa, così Cass. 11131/06; v. anche Cass. 3699/93);
- l'ammissibilità di una servitù contraria al rispetto delle distanze legali scaturisce inoltre da quella giurisprudenza che, nel predicare che "l'actio negatoria servitutis" è azione imprescrittibile", fa salvi gli effetti dell'intervenuta usucapione (Cass. 864/00; 867/00; 12241/02) la quale pertanto, si è detto anche di recente, dà luogo all'acquisto del diritto a mantenere la costruzione a distanza inferiore a quella legale (Cass. 19289/09):

"i risultati ondivaghi cui sono pervenute dottrina e giurisprudenza oggi prevalenti non sono appaganti. E' stato già rilevato in dottrina quanto sia illogico ammettere la derogabilità della distanza minore, di tre metri, prevista dal codice civile, permettendo così il formarsi di intercapedini dannose per la salute e vietare invece la derogabilità, anche mediante servitù costituita per usucapione, di distanze maggiori. Ciò avviene sebbene la prescrittività delle norme regolamentari, riconducibili anch'esse alla categoria delle limitazioni legali alla proprietà, derivi dall'essere integrative della norma del codice civile. Sembra quindi paradossale che interessi più pregnanti (il rispetto della distanza di tre metri fissato dal codice) siano per questa

via meno difesi rispetto all'interesse a un più armonico e ordinato disegno urbanistico, che presidia le maggiori distanze di fonte regolamentare, ritenute non assoggettabili a servitù costituita per usucapione" Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

Secondo la Suprema Corte, il carattere di tutela di interessi generali che si attribuisce alle maggiori distanze di fonte regolamentare - ritenute non assoggettabili a servitù costituita per usucapione - risulta ampliato, nella sfera dei rapporti privati, da una serie di opinabili considerazioni e, in primo luogo, dall'affermazione che l'inammissibilità di una servitù contraria alla distanza legale dipenda dalla inammissibilità di deroga convenzionale della normativa sulle distanze:

"l'affermazione non convince, perché trascura il ruolo che ha l'usucapione nei rapporti tra i privati e induce ad affidare ai privati, quali destinatari delle disposizioni sulle distanze, compiti impropri di vigilanza pubblica. Correttamente è stato svelato che la distinzione tra derogabilità delle distanze codicistiche e inderogabilità di quelle regolamentari deriva da una malintesa concezione che liquida il codice civile come regolatore dei rapporti tra privati e mette le norme regolamentari sul piano della disciplina di interessi generali, maggiormente cogenti. Superata questa visione, va ricordato che rispetto al progetto del codice civile è stato soppresso l'art. 62, che prevedeva la non riducibilità delle distanze stabilite dal codice o dai regolamenti locali "neppure per convenzione tra i vicini" Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

Ci si deve allora chiedere, secondo la Suprema Corte - anche in relazione a questa mancata previsione normativa - se vi sia differenza tra contraddire le regole sulle distanze con accordi tra privati e il riconoscere la possibilità che per usucapione sorga una servitù in contrasto con la normativa generale.

La differenza, precisa il Supremo Consesso, c'è e può essere letta su due piani:

- il primo concerne il meccanismo dell'acquisto dei diritti in forza del decorso del tempo;
- il secondo attiene al ruolo che si assegna al rapporto tra privato e pubblica amministrazione nella difesa delle prescrizioni di rilievo pubblicistico.

Ciò premesso, i giudici di legittimità concludono affermando come l'usucapibilità del diritto - a tenere un immobile a distanza inferiore da quella legale - non equivalga alla stipula pattizia di una deroga in tal senso, perché risponde all'esigenza, ulteriore, della stabilità dei rapporti giuridici in relazione al decorso del tempo.

Se, infatti, continua la pronuncia in esame, dalla norma codicistica o da quella integrativa discende, come comunemente si afferma, il diritto soggettivo del vicino di pretendere che il confinante edifichi a distanza non inferiore a quella prevista, si deve ammettere, ove anche si consideri vietata la deroga convenzionale, che l'avvenuta edificazione (con opere quindi permanenti e visibili), mantenuta con i requisiti di legge per oltre venti anni, dia luogo al

verificarsi dell'usucapione, da parte del confinante, del diritto a mantenere l'immobile a distanza inferiore a quella legale:

"se così non fosse, si dovrebbe ammettere l'esistenza, nei rapporti tra privati, di una perpetua instabilità, con la possibilità del vicino di agire in ogni tempo per il rispetto delle distanze. Ciò, si badi, non si verifica neppure in relazione al diritto di proprietà (cui accede il diritto al rispetto delle distanze), che può essere usucapito, benchè il codice dichiari imprescrittibile la proprietà. E' stata spiegata da tempo, a proposito della proprietà, la dissociazione tra effetto estintivo ed effetto acquisitivo in relazione al decorso del tempo: allo stesso modo opera l'usucapione in relazione al diritto del confinante di usucapire (nei confronti del vicino) il diritto a mantenere il proprio fabbricato a distanza inferiore a quella legale". Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

E' dunque per questa via che il giudice di legittimità fanno rientrare, nella sfera della ordinaria disciplina civilistica, il rapporto tra i privati, senza che ciò infici le facoltà della pubblica amministrazione; resta così salva la disciplina pubblicistica e l'osservanza degli standard di qualsivoglia natura che il legislatore o l'amministrazione abbiano fissato, anche alla stregua, eventualmente, di normativa di fonte sovranazionale.

In tal guisa, osserva la Suprema Corte, ciò che viene meno è solo

"la facoltà del singolo di far valere il proprio diritto soggettivo, attribuitogli in conseguenza della disposizione rispondente all'interesse generale, ma senza assunzione di un potere privato confondibile con quello dell'amministrazione. Entrambi i soggetti possono concorrere alla tutela dell'interesse fissato dall'ordinamento, ma ferma rimane la distinzione dei caratteri tra potere privato e potere pubblico, ciascuno contraddistinto dai limiti generali della categoria cui appartiene. Ciò giustifica anche il diverso trattamento da riservare da un lato agli accordi di deroga e dall'altro al meccanismo dell'usucapione; ove quest'ultima operi, resta alla sola P.A. il potere (pubblico) di agire per conformare la proprietà al modo previsto dal legislatore. Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

Né sono di ostacolo a questa concezione, ritiene il collegio di legittimità, le possibili frodi prospettate dalla giurisprudenza: si tratta di un inconveniente (dipendente comunque da un congegno macchinoso e precario) che non giustifica un inquadramento incoerente dei principi vigenti sui modi di acquisto dei diritti reali e sulla disciplina dei limiti legali della proprietà.

Tantomeno, questo inconveniente vale a giustificare la illogica dicotomia tra tutela delle distanze di fonte codicistica e di fonte regolamentare.

Né sarebbero configurabili le temibili diseconomie esterne (conseguenze negative sul piano della salute e dell'ambiente) che gli studiosi di analisi economica del diritto rinvengono nella deroga pattizia alle distanze: altro è infatti incidere sui poteri pubblici, o consentire una generalizzata derogabilità, il che può cagionare effetti lesivi permanenti dell'interesse generale tutelato; altro è ammettere che operi il fenomeno dell'usucapione:

"esso vale soltanto a riportare il meccanismo di contemperamento dei diritti soggettivi nell'alveo ordinario previsto dal legislatore, escludendo la sussistenza, nel circoscritto ambito della proprietà immobiliare, di diritti soggettivi a tutela rafforzata. Va pertanto accolto il secondo motivo di ricorso; in sede di rinvio il giudice di merito dovrà attenersi al seguente principio: In materia di violazione delle distanze legali tra proprietà confinanti, deve ritenersi ammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme del codice civile o da quelle dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali. Ne trarrà quindi le conseguenze con riferimento all'ipotesi in cui, a seguito di alienazione di un immobile realizzato in violazione di dette prescrizioni, il successore a titolo particolare invochi l'acquisto per usucapione del diritto di mantenerlo a distanza inferiore a quella legale e il diritto, in virtù del principio dell'accessione di cui all'art. 1146 cod. civ., comma 2, di unire al proprio possesso quello del suo dante causa". Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

Per completezza, si riportano di seguito le motivazioni attraverso le quali la Suprema Corte ritiene connesso al secondo motivo il quinto motivo di ricorso proposto,

"connesso al secondo, è il quinto motivo di ricorso, che lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 1073 e 1074 c.c.. La sentenza impugnata ha affermato che la servitù controversa non sarebbe comunque più esistita perchè "il capannone era stato demolito del tutto ... e il preteso diritto di servitù si era estinto in conseguenza della demolizione". Parte ricorrente censura questo argomento e ricorda che la servitù si può estinguere solo se oltre alla demolizione o crollo del fondo dominante si verifica il protrarsi del non uso per un ventennio, circostanza pacificamente non sussistente nella specie. Il rilievo coglie nel segno: l'art. 1074 c.c., recita infatti che "l'impossibilità di fatto di usare delle servitù e il venir meno dell'utilità della medesima non fanno estinguere la servitù, se non è decorso il termine indicato dall'articolo precedente", che è appunto il termine di venti anni" Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

assorbiti il terzo e il quarto (sempre sollevati dal ricorrente),

"il terzo e il quarto motivo del ricorso principale restano assorbiti. Il terzo attiene alla denunciata violazione dell'art. 869 c.c., e del regolamento edilizio di Aprica (art 5), con correlata violazione dell'art. 872 c.c.. Il quarto lamenta violazione e falsa applicazione della L. n. 457 del 1978, art. 31, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 3 e dell'art. 5 del regolamento edilizio comunale. Su entrambi incidono le statuizioni da assumere riguardo alla possibile esistenza della servitù controversa, idonea a permanere, attesi i ricordati principi in materia (art. 1073 e 1074 c.c.), anche in caso di demolizione e ricostruzione della costruzione posta in condizione dominante (v. Cass. 4638/97; 7257/03) Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12,

3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

nonché, infondato il primo motivo allegato al ricorso incidentale

"il primo motivo del ricorso incidentale lamenta, in relazione all'art. 112 c.p.c., illegittimità della sentenza impugnata "per omessa pronuncia su talune domande di appello". Parte N. deduce che la Corte avrebbe omesso di esaminare la domanda relativa alla disapplicazione per illegittimità della concessione edilizia rilasciata ai Sigg. O.- F. per ristrutturazione con mutamento di destinazione d'uso. Il motivo è infondato. Dalla sentenza della Corte d'appello di Milano, che riporta in epigrafe le conclusioni svolte dalle parti, si evince che i Sigg. N. non avevano richiesto in via principale che fosse dichiarata l'illegittimità della concessione edilizia ottenuta da controparte, ma che fosse dichiarato "previa occorrendo disapplicazione della concessione edilizia (OMISSIS) rilasciata per ristrutturazione ai Sigg. O.- F." che costoro avevano costruito in violazione delle norme comunali e che fossero "condannati conseguentemente a demolire la costruzione...". La Corte d'appello ha accolto le conclusioni di appello, ma non ha ritenuto che occorresse all'uopo disapplicare la concessione edilizia, mera eventualità che gli appellanti avevano prospettato ipoteticamente; tale prospettazione non consolidava pertanto il dovere della Corte di decidere sul punto, in caso (come avvenuto) di accoglimento delle domande principali (accertamento della violazione delle distanze ritenute applicabili e demolizione della nuova costruzione)" Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI)

e assorbito il secondo motivo (sempre tratto dal ricorso incidentale):

"il secondo motivo di ricorso incidentale, relativo alla sussistenza dei presupposti temporali per affermare l'avvenuta usucapione, resta assorbito dalla decisione relativa al ricorso principale. Con essa viene rimesso al giudice di merito, al quale soltanto competono gli accertamenti di fatto necessari allo scopo, il compito di stabilire se vi sia stata usucapione della servitù vantata dai ricorrenti. Segue da quanto esposto la cassazione della sentenza impugnata per quanto di ragione e il rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello di Milano, che provvedere anche sulle spese di questo grado di giudizio. P.Q.M. La Corte riunisce i ricorsi; rigetta il primo motivo del ricorso principale, accoglie il secondo e il quinto motivo; dichiara assorbiti il terzo e il quarto. Rigetta il primo motivo del ricorso incidentale; assorbito il secondo. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per la liquidazione delle spese di lite ad altra Sezione della Corte d'appello di Milano. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, il 1 dicembre 2009. Depositato in Cancelleria il 22 febbraio 2010. Cassazione civile, sez. II, 22/02/2010, n. 4240 Orio ed altro c. Negri ed altro Giust. civ. Mass. 2010, 2, 250 Giust. civ. 2010, 6, 1344 (osservazione FIMIANI) Riv. giur. Edilizia 2010, 4, 1150 Foro it. 2010, 12, 3457, Arch. locazioni 2011, 1, 53 (nota PETROLATI).

Stampa

Assistenza Legale

Ti serve assistenza sulle questioni di cui sopra?
Contattaci, un professionista ti risponderà quanto prima.

CHIEDI

Joomla SEO powered by JoomSEF

Archivio selezionato: Sentenze T.A.R.

Autorità: T.A.R. Catania sez. I

Data: 15/07/2008

n. 1426

Classificazioni: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - - edilizia e urbanistica

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Prima, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Vincenzo Zingales, Presidente

Dott.ssa Rosalia Messina, Giudice

Dott. Salvatore Gatto Costantino, Giudice rel.est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi n°1171/07 e 1702/07 R.G., rispettivamente proposti da B. C., rappresentato e difeso da sé medesimo e dall'Avv. Nunziato Antonio Medina, con domicilio presso la Segreteria del TAR, e da A. C., D. G., M. C., A. G., S. N., C. F. (nella qualità di procuratrice generale di S. C.), C. G., rappresentati e difesi dall'Avv. C. B. e dall'Avv. Nunziato Antonio Medina, con domicilio presso la Segreteria del TAR;

contro

(in entrambi i giudizi)

il Comune di Messina, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;

e nei confronti

(in entrambi i giudizi)

della società GE.IMM. s.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Lorella Pipicella, con domicilio eletto in Catania, via del Bosco 308, presso lo studio dell'Avv. Maurizio Lisfera;

del sig. A. C., rappresentato e difeso dall'Avv. F. Bonanno e dall'Avv. Antonello C., con domicilio presso la Segreteria del TAR;

per l'annullamento

(in entrambi i giudizi)

1) del permesso di costruire o concessione edilizia tacitamente assentito ex art. 2 l.r. siciliana n. 17/1994, in ordine alla domanda avanzata dal sig. A. C. acquisita al protocollo del Comune di Messina in data 8.11.2004, prot. n. 14970, concernente il progetto per la realizzazione di un fabbricato per civile abitazione a tre elevazioni f.t., oltre piano sottotetto e piano porticato, da sorgere sul terreno sito in Messina, nel Villaggio Ganzirri, contrada Salina o Silipazzi, individuato in catasto al fg. 45, p.lle 1347, 1378 e 1476; operazione edilizia in cui è poi subentrata la GE.IMM. s.r.l.;

2) ove esistente, del relativo provvedimento espresso, di cui non si conosce numero e data, con cui è stato rilasciato o confermato il suddetto permesso di costruire, qualora fosse stato già completato l'obbligatorio esame della suddetta domanda di concessione edilizia siccome previsto dall'art. 2, comma 8, della l.r. siciliana n. 17/1994;

3) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o comunque conseguenziale, anche non conosciuto;

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società GE.IMM e del sig. A. C.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie tesi.

ti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla Udienza pubblica dell'8 maggio 2008, il

Referendario dott. Salvatore Gatto Costantino;

Ritenuto, in fatto e considerato in diritto, quanto segue;

Fatto
IN FATTO

I ricorrenti, tutti proprietari di villette ed abitazioni site in Messina, località Ganzirri c/da Silipazzi meglio identificate in atti (come da titoli di proprietà versati in giudizio), espongono che in area confinante con i propri immobili, notavano di recente la realizzazione di una platea in cemento.

Acquisite le necessarie informazioni, apprendevano che su detta area era stata progettata la realizzazione di una nuova costruzione (consistente in un fabbricato a tre elevazioni f.t. oltre sottotetto e porticato), oggetto di una istanza per c.e. presentata nel 2004 dal sig. A. C., considerata autoassentita come da comunicazione di inizio lavori presentata il 9.1.2007 dalla società immobiliare GE.IMM. subentrata nella titolarità del progetto per atto del Notaio G. Parisi rep. n. 13784 del 18.7.2006.

In punto di fatto, dopo aver evidenziato il loro rapporto di stabile collegamento con l'area interessata dal progetto edilizio, i ricorrenti premettono ed espongono che le abitazioni di loro proprietà fanno parte di un complesso edilizio residenziale a suo tempo realizzato dalla "Società Costruzioni Mediterranea" s.r.l. (da ora in poi, per brevità, indicata come Società Mediterranea), su una porzione di terreno costituente parte di un più vasto fondo di proprietà del rag. Ignazio C. (dante causa, iure successionis, dell'odierno controinteressato sig. A. C.), catastalmente individuato come meglio descritto in atti. Tale porzione di terreno era stata acquistata dalla società Mediterranea con atto di compravendita per rogito del Notaio G. Vicari nr. rep. 11470 del 7.2.1986 e successivamente trascritto alla Conservatoria RRII di Messina, dal quale risultava che relativamente alla porzione compravenduta era stato redatto un progetto per la costruzione di un complesso edilizio residenziale, approvato con c.e. n. 8161 del 17.12.1984, per un volume edilizio di mc 6202,40. Inoltre, dal medesimo atto, risultava che alla suddetta porzione di terreno compravenduta, veniva asservita e ceduta la residua cubatura edificabile del maggior fondo del rag. I. C., fino al limite di mc. 7405, tenuto conto di quella già approvata con l'originaria concessione edilizia, ciò al fine di consentire alla società acquirente di poter ottenere la voltura della concessione edilizia e di poter presentare un progetto in variante che potesse utilizzare la suddetta cubatura fino al limite di mc. 7405.

I ricorrenti evidenziano che l'atto pubblico di acquisto del terreno ove sono state realizzate le loro abitazioni, prevedeva all'art. 1 che la porzione di fondo asservita ricadeva sulle particelle 143, 142 e 108 del fg. 45 "e comunque comprende l'intero terreno edificabile di proprietà C. in contrada Silipazzi".

Dalla relazione tecnica al progetto edilizio dei controinteressati, i ricorrenti apprendevano, inoltre, che l'area del progetto ricadeva, per effetto del PRG approvato con DDR 686/2002, parte in zona B4a, parte in zona S.P. e parte nel P.P.E. della Laguna di Capo Peloro; che per la zona B4a era previsto un indice di fabbricabilità pari ad 1,50 mc/mq (tale per cui il volume ammissibile per l'estensione di mq 2382,28 ricadenti nella zona B4a sarebbe pari a mc. 3574,92 a fronte dei mc 3332,92 mc di progetto); che l'altezza di progetto del fabbricato era pari a ml. 9,52, inferiore a m.l. 11; che l'area di intervento sarebbe stata coperta dal fabbricato per mq. 426,51 e sarebbe stata servita da parcheggio scoperto, accessibile dalla via Lago Grande, di mq. 667,31> dei mq. 333,20 prevista per legge; le caratteristiche costruttive delle unità da realizzarsi ai singoli piani e che, nel sottotetto, sarebbero stati realizzati cinque depositi occasionali provvisti di locali muniti di punto acqua e tazza direttamente fruibili al piano scala e dall'ascensore condominiali.

I ricorrenti apprendevano, inoltre, che il sig. A. C. aveva venduto alla società GE.IMM. il terreno in questione, pervenutogli per successione legittima dal dante causa Ignazio C., con atto del 18.7.2006, con il quale aveva anche ceduto alla acquirente tutta la cubatura edificatoria in base al vigente strumento urbanistico di pertinenza del terreno di sua proprietà.

Ritenendo che il progetto assentito ex art. 2 L.R. 17/1994 impegna la volumetria già a suo tempo vincolata per la realizzazione delle villette costruite dalla società Mediterranea, e nella odierna titolarità dei ricorrenti, questi ultimi hanno impugnato la concessione edilizia dei controinteressati con i ricorsi all'esame del Collegio, notificati il primo in data 25 maggio 2007 ed il secondo nelle date 5 e 6 luglio 2007, ritualmente depositati, con i quali entrambi deducono, in diritto:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 2 L.R. n. 17/94. Mancata formazione del silenzio assenso. Violazione degli artt. 5 e 6 del DPR 8.9.1997 n. 357 - zone SIC e ZPS. Violazione del Decreto Assessorile Territorio ed Ambiente del 21.2.2005, recante elenco dei siti di importanza comunitaria e delle zone di protezione speciale ricadenti nel territorio della Regione, individuati ai sensi delle direttive n. 79/409/CEE e n. 92/43/CEE e delle menzionate Direttive comunitarie.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 8, della L.R. n. 17/1994.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del DPR 6.6.2001 n. 380 (ex art. 4 della l. 28.1.1977, n. 10). Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti. Difetto di istruttoria.

IV) Eccesso di potere per travisamento ed insussistenza dei presupposti sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del DPR 6.6.2001, nr. 380.

V) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 delle NTA del PRG del Comune di Messina approvato con DDR n. 686/2002.

VI) Violazione dell'art. 11 del DPR 6.6.2001 n. 380 (ex art. 4 legge 28.1.1977 n. 10) Eccesso di potere per erroneità dei presupposti.

Con D.P. nr. 690 del 31 maggio 2007 è stata concessa la misura cautelare provvisoria, ex art. 21 comma 9 l. 1034/71.

Si è costituita la società controinteressata GE.IMM. che resiste al ricorso, chiedendone la reiezione per inammissibilità ed infondatezza.

Alla camera di C. del 21 giugno 2007 il ricorso nr. 1171/2007 è stato chiamato in decisione per l'esame della domanda cautelare, che è stata accolta con ordinanza nr. 849/07, pubblicata il 22 giugno 2007.

Si è quindi costituito, in entrambi i ricorsi, il sig. A. C. che difende la legittimità della concessione edilizia impugnata, e chiede il rigetto degli esposti gravami per inammissibilità ed infondatezza.

Le parti hanno scambiato memorie e documenti.

Alla pubblica Udienza dell'8 maggio 2008 i giudizi sono stati trattenuti in decisione.

Diritto
IN DIRITTO

I) Va preliminarmente disposta la riunione dei giudizi, attesa la loro palese connessione oggettiva ed, in parte, soggettiva.

II) Riuniti i giudizi, deve essere esaminata la eccezione di inammissibilità dei gravami, sollevata

dalla difesa del sig. C..

Secondo le tesi difensive del controinteressato, i gravami non sarebbero tempestivi in quanto i lavori oggetto della concessione edilizia impugnata hanno avuto inizio come da comunicazione indirizzata al Comune di Messina, in data 9 gennaio 2007 e pertanto, essendo i ricorrenti tutti residenti in aree limitrofe al terreno interessato, essi erano subito in grado di rendersi conto della esistenza dell'attività edilizia di cui si dolgono e potevano ricorrere nei termini, tanto più ove si lamenta che il terreno in esame non avrebbe più volumetria ammissibile.

La eccezione di irricevibilità dei ricorsi non appare condivisibile.

Invero, laddove si voglia contestare la tempestività di un ricorso con il quale si fanno valere vizi di una concessione edilizia e del relativo progetto costruttivo, e ciò dipenda dall'effettivo avvio dei lavori (dal quale, come insegna la giurisprudenza pacifica, si fanno decorrere i termini decadenziali per la impugnazione di un permesso di costruire laddove si lamenti che esso non avrebbe potuto essere rilasciato per inedificabilità, legale o di fatto, del terreno), la prova di quest'ultima circostanza va fornita dalla parte a ciò interessata, con ogni rigore e senza che in proposito possa ritornare utile la mera comunicazione al Comune dell'inizio dei lavori, non essendo essa conoscibile dai terzi (in quanto non è previsto alcun regime di pubblicità legale o comunque non essendo comprovata una conoscenza di fatto) e potendo essere quest'ultima puramente nominale o comunque non offrendo (in quanto proveniente dalla stessa parte interessata ad avvalersene) alcuna garanzia di obiettività e di certezza.

In mancanza quindi di idonea prova inerente la data in cui è avvenuta una percepibile trasformazione del terreno che implicasse, oggettivamente, il significato dell'avvio di una realizzazione di un fabbricato, entrambi i ricorsi vanno considerati tempestivi e come tali ammissibili.

III) Per evidente pregiudizialità logico-giuridica, deve poi essere esaminata la eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla odierna controversia, la cui cognizione, secondo la controinteressata GE.IMM., apparterrebbe al giudice ordinario, relativamente alle censura con le quali si lamenta la violazione di un negozio con il quale si è ceduta la cubatura tra due fondi, relativamente alle quali si verterebbe in ordine a rapporti tra privati.

Osserva il Collegio che la materia dell'edilizia e dell'urbanistica, nell'ambito della quale è pacificamente da inquadrarsi la vicenda della cessione di cubatura, laddove se ne inferisca un vizio che incide sulla legittimità della concessione edilizia, è ascritta alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 34 d.lgs. 80/98) e come tale implica che va affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia di cui agli odierni gravami.

IV) Va quindi esaminata la eccezione difensiva sollevata dalla difesa della controinteressata GE.IMM. srl, secondo la quale i ricorrenti non avrebbero interesse al gravame, in quanto la cessione di cubatura di cui asseriscono la violazione era stata posta in essere nei confronti della loro dante causa, ossia della società Mediterranea, mentre non risulta che quest'ultima nel vendere le abitazioni costruite abbia ceduto in alcun modo neppure pro quota il diritto in ordine all'asservimento agli acquirenti degli immobili.

La eccezione in esame, che va correttamente qualificata come eccezione di difetto di legittimazione dei ricorrenti, va respinta.

Invero (e con riserva di maggiore approfondimento in occasione dell'esame della III censura del gravame), quando per effetto di un accordo tra le parti, la volumetria che un fondo esprime in relazione al vigente strumento urbanistico viene ceduta ad altro fondo limitrofo, in vantaggio del quale potrà essere utilizzata per la realizzazione di un edificio di maggiore consistenza rispetto a quella che il fondo beneficiario potrebbe esprimere, si crea tra i due fondi un vincolo reale che si trasferisce con la titolarità della proprietà dell'immobile.

In questa sede è sufficiente quindi affermare che, per effetto dell'acquisito delle unità immobiliari realizzate usufruendo della volumetria e della cubatura che la società realizzatrice degli stessi ha acquistato dal proprietario cedente, gli acquirenti sono subentrati nei diritti e nelle facoltà della alienante, potendo quindi fare valere le azioni a tutela dei diritti che sono fondati su tale acquisto.

V) Passando all'esame dei ricorsi nel merito, con la prima censura i ricorrenti lamentano l'avvenuta violazione delle disposizioni che tutelano i siti di rilevanza comunitaria (ZPS e SIC) giusta Direttive nn. 79/409/CEE e 92/43/CEE, secondo la disciplina del DPR 357 dell'8.9.1997, artt. 5 e 6.

Secondo tali previsioni, la approvazione del progetto edilizio dei controinteressati avrebbe dovuto essere preceduta dall'apposita valutazione di incidenza ambientale, la cui assenza è documentata da atti provenienti dallo stesso Comune e versati in giudizio (provvedimento 4/1798 del 6.6.2007, cfr. memoria della parte ricorrente depositata il 20 giugno 2007).

Assume la difesa dei ricorrenti che la mancanza di V.I.A., oltre a rilevare quale vizio in sé del provvedimento edilizio, impedirebbe peraltro il formarsi del silenzio assenso.

Secondo la difesa del controinteressato sig. C., la disciplina di cui le parti ricorrenti lamentano la violazione, con la censura in esame, sarebbe sopravvenuta alla presentazione della istanza di concessione edilizia (avvenuta nel 2004) ed alla formazione del titolo tacito, e come tale sarebbe quindi inapplicabile a quest'ultimo.

Invero, la domanda di concessione edilizia risulta protocollata al Comune in data 8.11.2004; il decreto ARTA del 21.2.2005, recante la individuazione dei Siti di importanza comunitaria e zone di protezione speciale tra i quali quello di Capo Peloro - Laghi di Ganzirri, è stato pubblicato nella GURS n. 42 solo in data 7.10.2005; la disciplina della valutazione di incidenza, contenuta nel Decreto ARTA 30 marzo 2007, in attuazione dell'art. 5 comma 5 del DPR 357/1997, è stato a sua volta pubblicato solo nella GURS nr. 20 del 27.04.2007; infine, il DPR 357/1997, così come modificato dal DPR 20/2003, consentiva alla Regione un termine di sei anni per il completamento della procedura di individuazione dei siti (artt. 1 comma 4 e 3 comma 2).

Ne conseguirebbe, dunque, che la disciplina di tutela dei SIC e ZPS consistente nella previa valutazione dell'incidenza ambientale, sarebbe compiutamente entrata in vigore solamente dopo la formazione del titolo tacitamente assentito, avvenuta ai sensi dell'art. 2 della L.R. 17/94.

La particolare disciplina regionale in punto di formazione del titolo edilizio tacito, impone, ad avviso del Collegio, una adeguata precisazione, relativamente alla questione della conclusione del procedimento con un provvedimento tacito.

La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che il provvedimento tacito si forma con il decorso del termine di cui al comma 5 dell'art. 2 della L.R. 17/94, ma si consolida solamente decorso il trentesimo giorno dalla comunicazione dell'inizio dei lavori debitamente formalizzata nel rispetto delle prescrizioni del comma 6 (cfr. art. 2 comma 8 L.R. 17/94).

Pertanto, tra il 120° giorno dalla presentazione della istanza ed il 30° giorno dalla comunicazione di inizio lavori, il titolo tacito esiste, ma il procedimento non è concluso, tanto che il Comune può annullarlo senza l'avvio di un vero e proprio procedimento di secondo grado, con i particolari aggravamenti motivazionali in punto di interesse pubblico che esso, ordinariamente, richiede (cfr. CGA 8 marzo 2005, nr. 111; TAR Sicilia, Catania, I, 30.01.2007, nr. 167; 20.03.2007 nr. 475).

È ben vero, dunque, che il termine di 120 giorni decorre dalla presentazione della istanza, anche quando si tratta di ipotesi di immobili vincolati (TAR Catania, I, 7 aprile 2005, nr. 572): ma ciò non equivale, secondo il Collegio, a sostenere che l'eventuale mutamento del quadro legislativo applicabile alla fattispecie trovi nella formazione del titolo tacito (in quella particolare fattispecie normativa che è prevista dall'istituto dell'art. 2 della L.R. 17/94) un ostacolo alla sua applicazione doverosa al procedimento amministrativo che si apre con la istanza e che, sebbene si formi un titolo

tacito provvisorio, proprio per questa sua precarietà è evidente che prosegue unitariamente fino al 30° giorno successivo alla proposizione della comunicazione di inizio lavori unitamente alla perizia giurata di cui al cennato comma 6.

L'unitarietà del procedimento è comprovata innanzitutto dalla dizione del comma 8 della disposizione in esame, secondo cui l'ufficio è "tenuto a completare l'esame della domanda della concessione edilizia entro il termine di..." e tale aspetto della norma prevale sulla dizione dell'inciso successivo, secondo cui, nei casi di accertata mancanza dei requisiti per il rilascio del titolo, si provvede all'"annullamento o revoca" della concessione tacita, posto che, in tale caso, la dizione della norma è necessariamente riferita alla rimozione di un titolo tacito.

Va adeguatamente precisato, in proposito, che il comma 8 dell'art. 2 in esame, poiché prescrive che il Comune si pronuncia "sulla domanda" e, se del caso, "annulla" oppure "revoca" il provvedimento tacito, altro non fa se non imporre l'esercizio di un potere che ancora è di primo grado, poiché è rivolto a valutare l'accoglibilità della istanza, ossia non ha ad oggetto il riesame del provvedimento tacito (cosa che invece accade dopo i trenta giorni); se la domanda non può essere accolta, il provvedimento è sostanzialmente un diniego, ma, poiché il titolo tacito provvisorio esiste, il diniego ha una forma imposta, ossia sarà un annullamento (se non sussistevano ab origine i presupposti per la sua formazione) o si tratterà di una revoca (se i presupposti, esistenti ab origine erano sussistenti, ma sono successivamente venuti a mancare, come appunto accade nel caso del sopravvenuto mutamento del quadro normativo urbanistico di riferimento), perché si deve pur sempre eliminare il provvedimento tacito assentito.

In una lettura sostanziale dell'esercizio del potere, quindi, il contenuto di rigetto della istanza convive con quello che, a questo punto, è solo un nomen juris di secondo grado del provvedimento, posto che esso non deve essere assistito dalla motivazione sull'interesse pubblico alla rimozione di un atto definitivo, come normalmente accade nei procedimenti di autotutela (ove oggetto dell'esercizio del potere è l'atto amministrativo a suo tempo formato, quindi una revisione del precedente esercizio del potere) e ne consegue ancora, in punto di disciplina, che non deve essere dato l'avviso di avvio del procedimento di annullamento o revoca ex art. 7 l. 241/90, essendo la definizione del procedimento un effetto discendente dalla domanda di concessione edilizia, senza che la formazione del titolo tacito ne comporti soluzione di continuità (mentre, logicamente, deve osservarsi l'obbligo del preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90, oltre che i consueti obblighi in tema di motivazione del diniego).

La suddetta distinzione di "nomen" altro scopo non ha, dunque, se non indicare la differente ragione del possibile rigetto della domanda, correlandola formalmente con l'esistenza di un atto tacito all'interno di quella fattispecie a formazione progressiva che, nello schema di legge, condiziona il rilascio/formazione del titolo edilizio o il suo diniego.

Tale interpretazione si fonda anche su considerazioni di ordine sistematico.

L'inapplicabilità dello ius superveniens al provvedimento anteriore, postula la stabilità e la definitività di quest'ultimo atto.

Laddove il provvedimento è, per così dire, condizionato ad una attività della P.A. successiva, allora, sebbene sia comunque eseguibile, nei termini e nei limiti di legge (ad esempio, la concessione tacitamente assentita è efficace limitatamente, poiché è eseguibile solo nella parte in cui legittima la proposizione della comunicazione di inizio lavori e la perizia, alle quali solo consegue l'effetto ulteriore di poter eseguire i lavori, ed anch'essi comunque sotto una condizione mista ad un termine, ossia il decorso del trentesimo giorno senza ulteriori provvedimenti dell'Autorità), esso è comunque esposto ad una potestà ancora in fieri, ossia ad un procedimento in itinere, non essendo consumato il potere dell'Amministrazione.

Ne consegue che nella ipotesi di mutamento sopravvenuto del quadro legislativo, condizionando esso l'agire della P.A. che sta ancora eseguendo l'analisi dell'interesse pubblico e la relativa comparazione

con gli interessi privati insiti nella fattispecie, la nuova norma finisce inevitabilmente con l'incidere anche (non già sulla formazione, ma) sulla stabilità e sul consolidamento del titolo tacitamente formatosi ed, ancora, "claudicante" ossia provvisorio.

Prova ne sia che, più in generale, laddove è rilasciata una concessione edilizia espressa, quindi non soggetta alla particolare fattispecie del titolo tacito, il mutamento del quadro normativo dello strumento urbanistico vigente ne provoca comunque la decadenza, pur essendo definitivamente formato il titolo edilizio corrispondente, a meno che non sia ancora avvenuto un effettivo e serio inizio dei lavori, tale da denotare la reale trasformazione del suolo (art. 31 comma 11 l. 17 agosto 1942 nr. 1150, trasfuso poi nell'art. 15 comma 4 t.u. 6 giugno 2001, nr. 380, e giurisprudenza pacifica; cfr. ex multis, e tra le più recenti, TAR Liguria, Genova, I, 16 febbraio 2008, nr. 307; TAR Lombardia, Milano, II, 8 marzo 2007, nr. 372; TAR Campania, Napoli, II, 21 novembre 2006, nr. 10044).

Se dunque una concessione formale non è ancora un titolo tale da consolidare l'affidamento del privato al suo mantenimento, laddove non si sia tradotta entro l'anno dal suo rilascio in un effettivo inizio dei lavori, e, quindi, in questo caso il mutamento della disciplina urbanistica in senso ad essa contrastante ne provoca la decadenza, allora tanto di più il mutamento di disciplina (tra l'altro connesso a particolari esigenze di interesse pubblico quali quelle relative ai siti di rilievo comunitario) inciderà necessariamente sul procedimento di formazione e di consolidamento del titolo tacito non ancora pervenuto all'avvio dei lavori, ex art. 2 comma 8 L.R. 17/94.

In questo senso, si deve ritenere che la disciplina dei siti di rilevanza comunitaria è da considerarsi applicabile al procedimento in esame sicuramente a far data dalla individuazione dei siti, ossia dalla pubblicazione del decreto ARTA del 21.2.2005. IL DPR 357/1997, all'art. 5 contiene infatti una disciplina puntuale ed esaustiva dei tempi, delle procedure e delle competenze della Valutazione di incidenza, né sussistono particolari ragioni sostanziali o indicatori formali, per fare ritenere che tale procedura, nelle more del recepimento regionale delle relative prescrizioni esecutive, dovesse rimanere sospesa e quindi inapplicabile (con conseguenziale violazione di obblighi comunitari, tra l'altro).

Ne consegue, pertanto, che la prima censura è fondata.

VI) Con la seconda censura, i ricorrenti si dolgono della illegittimità della concessione tacitamente assentita per non essere stato completato, da parte del Comune, l'esame della domanda di concessione edilizia entro il trentesimo giorno dalla presentazione della comunicazione di inizio lavori.

Secondo tale prospettazione, l'obbligo di esaminare la domanda permane in capo all'ufficio comunale a ciò preposto e, pertanto, il silenzio assenso, sebbene legittimi il titolare del permesso tacito a costruire, non esime il Comune dalla conclusione del procedimento, con conseguente illegittimità dell'atto tacito laddove quest'obbligo non sia adempiuto.

La tesi, sebbene non priva di aspetti di rilievo, non può trovare condivisione da parte del Collegio, perché non si ravvedono argomenti atti a fare considerare il silenzio del Comune elemento fondante un titolo tacito ed, al contempo, vizio di legittimità di esso.

Invero, la difesa dei ricorrenti, esponendo la seconda censura dei due ricorsi, non è riuscita a dimostrare come la violazione dell'obbligo a provvedere da parte del Comune, in presenza di una precisa fattispecie normativa che ne contempla la possibilità, laddove stabilisce un termine finale perentorio decorso il quale si è consumato il potere di provvedere in primo grado sulla istanza dell'interessato, possa divenire elemento di illegittimità a favore di terzi lesi dall'atto.

Invero, ciò che lede i terzi è sempre e solo la illegittimità del titolo edilizio: ciò che può rendere lesivo il silenzio sul procedimento è quindi solamente l'interesse del privato ad ottenere un titolo espresso, laddove egli non sia ancora "soddisfatto" del titolo tacito (cfr. TAR Catania 24

aprile 2007, nr. 717).

La seconda censura dei due ricorsi è dunque infondata e come tale da respingersi.

VII) Con il terzo ordine di doglianze, i ricorrenti lamentano l'eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti, nonché il difetto di istruttoria del provvedimento impugnato, in quanto con quest'ultimo sarebbe stato violato il precedente vincolo di pertinenza urbanistica costituito dal venditore dei suoli (odierno controinteressato) a favore della società Mediterranea, all'atto del frazionamento del 1986 (richiamato in premessa narrativa). In altre parole, non si sarebbe tenuto conto (mediante detrazione) della volumetria, espressa dal medesimo terreno, già in precedenza ceduta ed asservita ad altro intervento edilizio posto in essere nel 1986 e quindi non più utilizzabile per la realizzazione dell'intervento edilizio oggetto della presente controversia. Tale circostanza non sarebbe stata valutata dall'Amministrazione comunale, la quale avrebbe dunque omesso di accertare l'effettiva volumetria disponibile nel lotto in questione, ai fini dell'assenso alla istanza di titolo edilizio dei controinteressati avanzata nel 2004. I ricorrenti precisano che tale censura è relativa alla differenza di volumetria che, in astratto, è riconoscibile al lotto, il quale, nella sua estensione attuale, possiederebbe, in astratto, una capacità edificabile pari a mc 3574,92: da questa andrebbe sottratta la differenza di volumi derivanti dall'atto di asservimento del 1986 (pari a circa 1200 mc), e salvi, in ogni caso, gli incrementi di indici di edificabilità derivanti al suolo dal nuovo strumento urbanistico (che si sommano a quelli residuatigli in forza del precedente strumento urbanistico).

Secondo la GE.IMM., poiché i vincoli di asservimento posti in essere nel 1986 e nell'acquisto della società Mediterranea sono anteriori al PRG in atto in vigore, che è stato approvato nel 2002, quest'ultimo atto di pianificazione avrebbe attribuito nuova capacità edificatoria ai suoli liberi e, comunque, la cubatura ceduta con l'atto del Notaio Vicari del 1986, non essendo stata interamente utilizzata, sarebbe tornata ad inerire i fondi cui apparteneva.

Oppone, inoltre, il sig. C. che il fondo aveva una capacità edificatoria originaria superiore a 11.000 mc, con la conseguenza che, detraendo da tali volumi quelli ceduti alla società Mediterranea (oltre 7.000, come visto in parte narrativa), sussisterebbero le volumetrie successivamente cedute alla GE.IMM. nel 2004 (anche considerando le capacità aggiuntive di edificabilità che al lotto sarebbero derivate dal piano regolatore del 2002).

La difesa dei ricorrenti, durante la pubblica udienza in cui sono stati trattati i due ricorsi odierni, ha precisato che il calcolo operato dal controinteressato non sarebbe attendibile, in quanto dagli oltre 11.000 mc originari vanno detratti circa 3.000 mc che sono stati già consumati dal controinteressato medesimo, il quale ha edificato per sé.

Osserva il Collegio che di quest'ultima circostanza sussiste la riprova in atti: nella relazione tecnica "relativa al progetto di variante ed adeguamenti alle prescrizioni richieste nella c.e. n. 8824/8161 ter" - scheda tecnica riassuntiva (ossia il progetto della società Mediterranea, fondato sull'atto di cessione del 1986), depositata dalla difesa dello stesso controinteressato C. in data 26 aprile 2008, emerge chiaramente che il tecnico progettista attestava i seguenti dati: la superficie edificabile del lotto originario era pari a mq. 7394,00; la cubatura consentita, in ragione dell'indice pari ad 1,5mc/mq era pari a 11.091,00; la cubatura fabbricati esistenti era pari a mc 3.685,22; la cubatura residua possibile era pari a mc 7.405,78.

Essendo, dunque, pacifico tra le parti che la originaria volumetria fabbricabile complessiva espressa del fondo era pari ad oltre 11.000 mc (già nel 1986) ed essendo del pari incontroverso che con i due distinti atti di cessione di cubatura ne è stata impegnata la totalità, appare evidente che essa è stata duplicata nei due atti succedutisi nel corso del tempo ed è quindi stata doppiamente alienata: comunque è del pari provato che, a differenza di quanto sostiene la difesa del controinteressato, per effetto dell'atto di cessione del 1986, al netto della cubatura già utilizzata, non sussisteva altra volumetria utile nel lotto in esame.

Si deve quindi ritenere pienamente comprovata la terza censura del ricorso, posto che, dal semplice esame degli atti richiamati, appare evidente che almeno per 1200 mc circa il progetto dei controinteressati di cui all'istanza del 2004 è sovradimensionato rispetto alle capacità edificatorie del lotto, sia pure considerando gli aumenti di volumetria derivanti dal nuovo strumento urbanistico.

Infatti, è pacifico tra le parti che le aree cedute nel 2006 alla GE.IMM. sono coincidenti con quelle asservite nel 1986 in favore della società Mediterranea: è controverso solamente quanto della originaria volumetria sia rimasto libero dall'atto del 1986, ma tale aspetto, come si è visto, è risolvibile alla luce della documentazione prodotta dalla stessa parte controinteressata.

Ne consegue che, essendo le aree coincidenti, ed essendo il progetto dei controinteressati assentito per la totalità della volumetria espressa dall'area in forza dell'attuale strumento urbanistico (quindi comprensiva dei relativi incrementi rispetto alla disciplina previdente) dalla suddetta volumetria andrebbe comunque sottratta la quantità corrispondente al vincolo del 1986, anche se solamente nella misura effettivamente impegnata con la concessione edilizia della società Mediterranea (lievemente inferiore al vincolato).

Si deve a tale proposito affermare che quando in forza di un legittimo atto di cessione di cubatura, intercorso tra le parti proprietarie di due diversi lotti di terreno, l'una ceda e l'altra acquisiti la disponibilità di tutta o parte della capacità edificatoria di uno dei lotti, in favore dell'altro, da tale accordo sorge un obbligazione reale, che inerisce stabilmente e durevolmente alla disciplina legale del fondo accresciuto, senza che in proposito successivi frazionamenti del lotto o mutamenti dello strumento urbanistico edilizio, possano variarne la densità e le caratteristiche. Ciò in quanto l'edificazione di un fondo rende concreta ed attuale la potenzialità edificatoria che lo stesso trae dalla programmazione urbanistica operata dall'Autorità locale, e ciò trae conferma dalla stabilità del titolo edilizio che, com'è noto, non può essere revocato, ma, ricorrendone i presupposti, solamente annullato. Le potenzialità edificatorie possono tornare ad essere fruite solamente in caso di demolizione del fabbricato (che rende l'area nuovamente fabbricabile in base allo strumento urbanistico al tempo vigente), oppure, nella corrispondente misura, nel caso in cui il nuovo strumento urbanistico ne aumenti gli indici, ma in questo caso l'incremento sarà utilmente fruibile solamente in base al differenziale esistente, ossia alla misura della differenza tra quanto già "consumato" in precedenza e quanto "incrementato" per effetto del nuovo Piano regolatore, ovviamente facendo salvi i limiti all'edificazione derivanti dalla disciplina in tema di distanza, altezze e così via (cfr. TAR Catania, I, nr. 547/08 del 6.12.2007).

Nel caso in esame, dunque, appare evidente per l'esposizione che precede, che la censura è fondata e come tale comporta l'accoglimento del gravame.

VIII) Sebbene dall'accoglimento della precedente censura derivi già l'integrale annullamento del titolo impugnato, va comunque esaminata anche la quarta censura, con cui si contesta che, ai fini dell'edificazione nel lotto in esame, è stata ceduta volumetria derivante da una porzione di suolo del controinteressato, non contigua a quella ove deve essere realizzato l'intervento.

Secondo i ricorrenti, tale sarebbe la situazione delle particelle 1589, 1591 e 1593 (come derivanti dal frazionamento operato in uno al contratto del 2006), la cui cubatura, nell'accordo tra la GE.IMM. ed il suo dante causa C., avrebbe potuto essere sfruttata per edificare nelle particelle 1347, 1586, 1587 e 1588 (pure esse derivanti dal suddetto frazionamento): tuttavia, tra le indicate particelle non sussisterebbe contiguità, in quanto i terreni in essi ricadenti non confinano con quelli oggetto di trasformazione edilizia, essendone tra l'altro separati anche da altro terreno (p.lla 1590) rimasto in proprietà del dante causa, e da un terreno (p.lla 1588) totalmente destinato a P.P.E. della laguna di Capo Peloro.

Essendo il presupposto per l'asservimento costituito dalla situazione di "collegamento" tra i fondi, che implica la loro adiacenza fisica o, quantomeno, urbanistica e che implica la possibilità di comunicazione tra gli stessi, ne deriva che la cessione non sarebbe possibile.

La difesa dei controinteressati oppone a tali tesi solamente argomenti generici, insistendo sulla vicinanza in via di fatto delle aree, separate da pochi metri e quindi come tali asservibili l'un l'altra.

A giudizio del Collegio la censura è fondata.

La giurisprudenza ha ammesso in origine la cessione di cubatura solo tra fondi contigui intesi come aventi vicinanza fisica tra loro, ossia aventi un confine in comune: solo per via di successive astrazioni, si è rielaborata la nozione di contiguità per individuarvi non più un concetto fisico, ma un significato "funzionale", collegato con il concetto di utilità (cfr. Cass. 10 novembre 1976, nr. 4142), e ciò è avvenuto inquadrando la categoria della cessione di cubatura all'interno dello schema delle servitù prediali, per il quale la dottrina ha già da tempo finito con il superare, in tal senso, l'antica regola romanistica secondo cui praedia vicina esse debent.

Tuttavia, a tacere dei numerosi dubbi sollevati in dottrina circa la ricostruzione del negozio in termini di atto costitutivo di servitù, in ordine ai quali non è questa la sede per prendere posizione (basti considerare la diversa ricostruzione della Cassazione che, ai fini fiscali, ha considerato il negozio di cessione di cubatura come un vero e proprio atto di trasferimento di diritti reali immobiliari, come tale soggetto a trascrizione ed all'imposta di registro: cfr. ex multis, Cass. 9 marzo 1973, nr. 641; 14 dicembre 1988 nr. 6807; 14 marzo 2007, 10979), la giurisprudenza ha comunque ritenuto che la contiguità tra i fondi, anche a volerla considerare secondo la nozione funzionale sopra esposta, implica pur sempre un medesimo trattamento urbanistico o comunque una destinazione omogenea tra di essi, perché, diversamente opinando ed in mancanza di precise indicazioni in tal senso nello strumento urbanistico (TAR Sicilia, Catania, II, 23 settembre 1997, nr. 1846), la cessione di cubatura potrebbe comportare, all'estremo, la possibilità di eludere le disposizioni urbanistiche ed alterare la pianificazione della distribuzione degli standards edificatori in più ampi comparti (cfr. TAR Molise, Campobasso, 19 gennaio 2004, nr. 3; TAR Puglia, Bari, I, 1 dicembre 1997, nr. 868).

Pertanto, è da ritenersi che, in mancanza di espresse previsioni in tal senso nello strumento urbanistico, laddove tra i fondi si interpongano una o più aree aventi destinazioni urbanistiche incompatibili con l'edificazione, come accade nel caso di specie, la contiguità viene a mancare sul piano giuridico, prima ancora che su quello di fatto perché tale situazione frammenta la naturale unitarietà del comparto, così come disciplinato nello strumento urbanistico.

Dall'accoglimento delle censure sopra esaminate deriva pertanto l'annullamento degli atti impugnati, senza che sussista ulteriore interesse dei ricorrenti all'esame delle censure ulteriori che possono considerarsi assorbite.

Il ricorso è pertanto fondato e come tale va accolto, con vittoria di spese per i ricorrenti.

Le spese seguono dunque la soccombenza e si liquidano in euro 3.500,00 oltre IVA, CPA, importo del contributo unificato e spese di notifica, che saranno corrisposte ai ricorrenti, in solido tra loro, da parte dell'Amministrazione e dei controinteressati soccombenti, pure in solido tra loro.

PQM
P.Q.M.

Il TAR della Sicilia, sezione staccata di Catania, I° Sezione interna, riuniti i ricorsi in epigrafe, li ACCOGLIE e per l'effetto ANNULLA gli atti ed i provvedimenti impugnati.

CONDANNA il Comune ed i controinteressati, in solido tra loro, alla refusione delle spese ed onorari di giudizio che liquida forfetariamente in euro 3.500,00 oltre IVA, CPA, importo del contributo unificato e spese di notifica, che saranno corrisposte ai ricorrenti in solido tra loro.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 08.05.2008

Autorità: Cassazione civile sez. II

Data: 24/09/2009

n. 20623

Parti: Soc. Fcm Associati **C.** Brenna

Fonti: Giust. civ. Mass. 2009, 9, 1351
Vita not. 2010, 1, I, 238
Riv. giur. edilizia 2010, 1, I, 72
Giust. civ. 2010, 9, 1934

Classificazioni: EDILIZIA E URBANISTICA - Concessione edilizia e licenza di abitabilità (ora permesso di costruire) - - "ius aedificandi"

Edilizia e urbanistica - Accordo preliminare diretto alla cessione di cubatura - Nozione - Natura di contratto traslativo di diritto reale - Esclusione - Conseguenze - Forma scritta ad substantiam - Necessità - Esclusione - Individuazione del bene - Ricostruzione della comune volontà delle parti - Comportamento complessivo dei contraenti anche posteriore alla stipula dell'accordo - Rilevanza - Fattispecie

L'accordo preliminare diretto alla cessione di cubatura - con cui una parte (proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinché la cubatura o parte di essa che, in base agli strumenti urbanistici, gli compete venga attribuita dalla p.a. al proprietario del fondo vicino (cessionario) compreso nella medesima zona urbanistica - non richiede la forma scritta "ad substantiam", dovendosene escludere la natura di contratto traslativo di un diritto reale. Ne consegue che, per ricostruire la comune volontà delle parti in relazione all'individuazione del fondo del cessionario, destinatario dell'aumento di volumetria, può farsi riferimento al comportamento complessivo dei contraenti in sede esecutiva, successivamente alla stipulazione dell'accordo. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, nel riconoscere la sussistenza del requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto, aveva dato rilievo alla intervenuta presentazione alla p.a., da parte del cedente, di un atto unilaterale di asservimento e di vincolo, contenente gli estremi identificativi del terreno del vicino, mancanti nel documento iniziale recante l'accordo preliminare, ed aveva ritenuto che il cessionario, con il successivo pagamento della concordata rata del prezzo, avesse prestato adesione, "per facta concludentia", a tale individuazione).

Legislazione Correlata (4)

Codice Civile (1942), Art. 1322

Codice Civile (1942), Art. 1346

Codice Civile (1942), Art. 1351

Codice Civile (1942), Art. 1362

Archivio selezionato: Massime

Autorità: T.A.R. Salerno sez. I

Data: 19/09/2014

n. 1657

Parti: -

Fonti: Diritto & Giustizia 2014, 3 ottobre

Classificazioni: EDILIZIA E URBANISTICA - Concessione edilizia e licenza di abitabilità (ora permesso di costruire) - - "ius aedificandi"

La pratica contrattuale conosce da tempo accordi fra privati proprietari (cd. "trasferimenti di cubatura") mediante i quali uno di essi "cede" ad un altro la facoltà di edificare, esistente sul suo terreno secondo le norme urbanistiche, affinché il cessionario possa avvalersi di tale facoltà per ottenere dal Comune, in sede di rilascio del permesso di costruire, l'autorizzazione a realizzare un volume edilizio maggiore di quello che gli spetterebbe, sul terreno di sua proprietà, secondo le previsioni della pianificazione vigente: a tale pratica può farsi ricorso anche a prescindere da un riconoscimento da parte di norme urbanistiche regionali e/o comunali, poiché il fenomeno in esame non lede, di regola, alcun interesse pubblico, in quanto generalmente non si riconnettono conseguenze negative al solo fatto che la densità edilizia massima fissata dallo strumento urbanistico venga sfruttata dal proprietario di un'ampia estensione di terreno, o da più proprietari associati o da uno dei proprietari che abbia ottenuto la cessione di facoltà edificatorie dei suoi vicini, purché comunque sia impedito il superamento, nella zona complessivamente considerata, degli standards consentiti dai piano.

Sommario: 1. Premessa; 2. In materia di 'cessione di cubatura'; 3. Segnatamente in materia di 'diritti edificatori'; 3.1 La *'vexata quaestio'* della natura giuridica dei diritti edificatori; 4. Le inferenze sul piano fiscale; 4.1 Nelle imposte indirette; 4.2. Nelle imposte dirette; 5. Conclusioni.

***

1. Premessa.

L'attenzione che si vuole in questa sede porre al tema al vaglio è certamente sorretta dalla rilevanza della novella legislativa recata dal comma 3 art. 5 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106, che ha introdotto nell'art. 2643 c.c. il n.ro 2-*bis*, per effetto del quale, come è noto, risultano soggetti a trascrizione nei registri immobiliari i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano ***diritti edificatori*** comunque denominati, previsti da norme statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriale.

Soprattutto - nella prospettiva da cui muove il presente contributo - pare doveroso (dopo la 'tipizzazione' delle fattispecie negoziali delineate dalla novella) riflettere sui relativi profili fiscali, soprattutto per il rischio di non indugiare in una lettura ed interpretazione (ripetesi, sul piano fiscale) della novella stessa solo ripetitive ed omologhe di quelle già proposte sia dalla dottrina, quanto dalla Giurisprudenza e dall' Amministrazione Finanziaria stessa con riferimento ad altra figura negoziale: quella della cd.' cessione di cubatura'. [1]

A prescindere infatti dalla questione se quest'ultima fattispecie possa o meno costituire una sorta di 'prodromo' o di prototipo delle figure negoziali ora tipizzate dal nuovo disposto di cui al n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. (argomento che di per sè si pone fuori dagli scopi del presente contributo e la cui trattazione in ogni caso non recherebbe apprezzabili vantaggi alla sua articolazione), pare indiscutibile che l'elemento (o gli elementi) di novità indotto dal disposto in questione (sia su di un piano di ricostruzione dei profili identitari delle fattispecie da esso previste sia su di un piano di rilevanza tributaria che da siffatta ricostruzione ne possano derivare) esige una più attenta ri-valutazione degli stessi risultati già acquisiti (in materia interpretativa ed applicativa dei dati normativi esistenti e delle convinzioni formatesi prima della novella) con riferimento al modello negoziale basico costituito dalla 'cessione di cubatura', anche per verificare

se essi possano (o meno) essere utilizzati indifferentemente anche in relazione alle ipotesi negoziali aventi ad oggetto 'diritti edificatori' (ex art. 2643 n. 2-*bis* c.c.) o richiedano una profonda rivisitazione (se non addirittura impongano la ricerca di criteri diversi e/o alternativi).

2. In materia di 'cessione di cubatura'.

Eppure per meglio comprendere contenuti e contorni di una possibile evoluzione delle acquisizioni cui si era pervenuti prima della novella, non si può qui non rilevare le forti perplessità (con relativi orientamenti concettuali ondivaghi) da sempre sollevate (ad esempio) in ordine alla natura giuridica stessa della 'cessione di cubatura': una problematica, peraltro tuttora aperta, affrontata con diversificati accenti da parte di dottrina e giurisprudenza e, di regola, con non pochi affanni. Talvolta, come è noto, si è sottolineato il profilo obbligatorio della convenzione traslativa della cubatura, talaltra quello reale, e così pure, talvolta si è enfatizzato il ruolo assorbente e costitutivo dell'intervento pubblicistico ai fini del rilascio del titolo abilitativo edilizio, talaltra si è qualificato siffatto ruolo come uno degli elementi, benché essenziale, di un'unica fattispecie a formazione progressiva che si avvia con la stipula della convenzione traslativa e si conclude con il rilascio del titolo stesso.

Peraltro le conseguenze di tali incertezze, riscontrabili nei diversi orientamenti dottrinari [(2)] e giurisprudenziali [(3)], puntualmente hanno avuto sensibili ricadute anche sul versante fiscale. Ciò perché accedendo alla teoria del diritto di superficie - peraltro isolata e collegata solo ad un remoto precedente giurisprudenziale [(4)] - come a quella della 'rinunzia' abdicativa o traslativa, o a quella, che ha riscosso maggiori consensi, della servitù *'non aedificandi'* o *'altius non tollendi'* (qualora il 'tradens' fosse un soggetto non passivo IVA) era (ed è) giocoforza ritenere applicabili i criteri ordinari di tassazione con le aliquote dell'imposta di registro di cui all'art. 1 parte prima all.'A' del D.P.R. n. 131/86; se al contrario si riteneva (e si ritiene) di poter accedere alla qualificazione della fattispecie al vaglio quale negozio ad effetti meramente obbligatori, si sarebbe potuto (e si potrebbe) ritenere applicabile il disposto dell'art. 9 della tariffa stessa (che assoggetta ad aliquota del 3% gli atti diversi da quelli altrove indicati nella tariffa aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale). Se infatti si reputi che il 'cedente' la volumetria altro non fa

– attraverso il cd. 'trasferimento di cubatura' – se non obbligarsi a prestare il proprio consenso affinché la cubatura inerente il proprio fondo (o parte di essa) venga attribuita dalla P.A. (o computata da questa) in esubero ed in aggiunta a quella pertinente al fondo di titolarità del cessionario, senza opporsi al rilascio di un titolo abilitativo edilizio a favore di quest'ultimo per una volumetria 'maggiorata', si sarebbe potuto (e si potrebbe) ritenere più congrua una imposizione della fattispecie che valorizzi il solo profilo 'obbligatorio' e non quello traslativo-costitutivo (in effetti mancante qualora l'atto non contenga alcuna dichiarazione negoziale in tal senso).

Il forte limite, in aggiunta, che siffatta modulazione negoziale riscontrava (prima della novella) era quello della inopponibilità ai terzi che siffatta ultima ricostruzione teorica sollevava; la qual cosa induceva operatori e soggetti dell'ordinamento ad 'adottare' lo schema negoziale della costituzione di servitù, suscettibile di trascrizione nei registri immobiliari a tenore del disposto di cui all'art. 2643 n. 4) c.c..

Da parte sua l'Amministrazione Finanziaria con riferimento alla problematica al vaglio ha assunto da sempre una posizione alquanto granitica (forse giustificata proprio dalla incertezza degli orientamenti cui si è accennato e in assenza di una riferimento normativo espresso e 'tipizzato'), ritenendo che la cessione di cubatura integrasse (ed integri) un "*acquisto di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali immobiliari di godimento*" [(5)] con correlativa soggezione della convenzione così stipulata ai criteri canonici di liquidazione di cui all'art. 1 parte prima del T.U. n. 131/86, evocando una ricostruzione teorica elaborata dalla Suprema Corte di Cassazione già dagli anni '70 (e poi via via in parte riconfermata) [(6)] ed inaugurata per mere motivazioni di carattere fiscale [(7)].

Del che se ne trova ulteriore conferma nella risoluzione n. 233/E del 20 agosto 2009 in materia di rilocalizzazione degli edifici interessati dalla realizzazione di opere pubbliche stradali, ferroviarie e idrauliche ai sensi della L.R. dell'Emilia Romagna 1-12-1998, n. 38.

Questa legge all'art. 1 prevede infatti che gli edifici funzionali all'agricoltura e ricadenti in zone territoriali omogenee E, che debbono essere demoliti in conseguenza di provvedimenti espropriativi connessi alla realizzazione di opere pubbliche stradali o ferroviarie o idrauliche,

possono essere ricostruiti al di fuori delle zone di rispetto, in aree contigue e della medesima proprietà anche in deroga alle limitazioni derivanti dal Piano regolatore generale; l'art. 2 poi stabilisce che i proprietari che, a seguito di convenzione, abbiano ceduto all'ente che realizza l'opera stradale, ferroviaria o idraulica la proprietà di edifici residenziali, il cui uso abitativo divenga oggettivamente incompatibile con l'opera stessa, possono costruire un nuovo edificio ad uso residenziale. Ai detti proprietari viene di fatto, pertanto, attribuita una potenzialità edificatoria pari, per superficie, volume e destinazione, a quella dell'edificio preesistente, demolito in seguito al provvedimento di esproprio o ceduto all'ente che realizza l'opera.

Orbene in caso di cessione di questo diritto di 'rilocalizzazione' dell'edificio a terzi l'A.F. ha ritenuto che la concessione dello *ius aedificandi*, suscettibile di essere ceduto appunto al proprietario di un altro terreno, non abbia la funzione di ristorare la perdita fisica o funzionale dell'immobile divenuto inagibile (esistendo allo scopo già l'indennità di esproprio o il prezzo corrisposto dall'ente che acquisisce il fabbricato), bensì quella di mantenere inalterata la potenzialità edificatoria del terreno sul quale l'edificio insisteva.

Sicché ha ritenuto che per la connessione ravvisabile tra il diritto di localizzazione e la potenzialità edificatoria del terreno la cessione a titolo oneroso di tale diritto configuri un'ipotesi negoziale analoga alla cessione di cubatura, assoggettata a tassazione con gli ordinari criteri impositivi, come *cessione della 'facoltà di costruire' distaccata dal diritto dominicale del proprietario e quindi con applicazione delle aliquote di cui all'art. 1 della Tariffa Parte Prima del TUR.* [8]

Eppure l'opinione che la cessione di cubatura realizzava (e realizzi) il trasferimento "*di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali immobiliari di godimento*" non può dirsi assolutamente pacifica (né in dottrina né in giurisprudenza), essendo stata avversata dalla Suprema Corte di Cassazione stessa, anche di recente. Basti qui ricordare solo che con sentenza n. 20623 del 29 settembre 2009 i giudici di legittimità hanno ritenuto che l'accordo preliminare diretto alla cessione della cubatura "*non richiede la forma scritta ad substantiam, perché se ne deve escludere la natura di contratto traslativo di un diritto reale*", ...e inoltre che «*Nella cessione di cubatura si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva in cui*

confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo; a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia del cedente, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario, ***non essendo configurabile tra le parti un contratto traslativo***», richiamando all'uopo quanto la Corte medesima aveva già affermato in precedenti sentenze. [9] Ed ipotizza la natura solo 'obbligatoria' dell'atto traslativo di cubatura anche il giudice amministrativo: in particolare l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 23 aprile 2009 si è espressa al riguardo in termini di "fattispecie negoziale atipica ad effetti obbligatori in base ai quali un'area viene destinata a servire al computo dell'edificabilità di altro fondo".

3. Segnatamente in materia di 'diritti edificatori'.

Lo scenario entro il quale si colloca il tema al vaglio si è poi profondamente caratterizzato (sia pure senza poter prescindere, come era ovvio, dalla *querelle* concettuale solo appena tratteggiata nel paragrafo che precede) con l'introduzione della novella di cui s'è accennato all'esordio di queste note.

Essa si propone – per espressa dichiarazione del legislatore stesso (ex art. 5 comma 3 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 convertito dalla L. 12 luglio 2011, n. 106) - di "garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori".

È evidente l'intenzione del legislatore di ipotizzare una metodologia pubblicitaria solenne e affidabile afferente, in modo ampio e onnicomprensivo, a tutte quelle vicende e situazioni giuridiche connesse con l'utilizzo della capacità edificatoria e con la circolazione di essa per effetto di contratti ad essa relativi.

In una prospettiva che ora va ben al di là di quella elaborata con riferimento alla sola cessione di cubatura e avendo riguardo al processo di transizione dalla 'micropianificazione ad iniziativa privata' a modelli di cd. amministrazione concordata (in riferimento ai quali assumono pregio e rilievo altre forme interattive tra amministrazioni locali e cittadini finalizzate alla pianificazione del territorio), il legislatore della novella pone l'attenzione anche a nuove vicende

giuridiche e nuove realtà urbanisticamente rilevanti, connesse con politiche statali e regionali di salvaguardia del territorio e di più equa ripartizione della capacità edificatoria nell'ambito di determinati ambiti territoriali (e non più solo delle 'zone', di cui tratta la legge urbanistica n. 1150 del' 42) [10]: basti pensare ***alla cd. perequazione*** (che può attuarsi per così dire sia in via generalizzata o 'estesa', 'a priori', quanto in via successiva, parziale e postuma, e quindi 'a posteriori' rispetto alla formazione delle opzioni di pianificazione territoriale), ***alla compensazione*** [11], ***alle incentivazioni premiali***. [12]

Qui solo *en passant* [13] - per i particolari fini perseguiti nelle presenti note - si può precisare che la 'perequazione' si prefigge lo scopo di realizzare un'equa ripartizione tra più proprietari dei vantaggi e oneri derivanti dalla trasformazione in senso edificatorio di determinate aree e quindi di evitare sperequazioni tra proprietari attraverso la modulazione dei diritti edificatori e della titolarità delle aree [14]; che la compensazione è uno strumento che svolge una piena funzione di ristoro per eliminare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla imposizione dei vincoli sia in senso economico che indennitario e che le incentivazioni di volumetria generano talora uno speciale credito edilizio, e cioè una quantità volumetrica edificabile riconosciuta dalla pubblica amministrazione quale 'ristoro urbanistico'. [15]

Dal ricorso a queste nuove forme di pianificazione territoriale così come di sviluppo e riqualificazione di aree edificabili o destinate ad opere di urbanizzazione e servizi, è evidente come possano scaturire altrettanto nuove situazioni giuridiche soggettive a favore dei soggetti coinvolti nelle operazioni perequative, compensative o incentivanti e che dette situazioni possano essere soggette ad ulteriore circolazione nell'ambito di un vero e proprio 'mercato volumetrico' attraverso le fasi del distacco dalle proprietà originarie (cd. 'decollo' dal fondo 'sorgente'), del successivo 'volo' (e quindi del 'transito' della capacità edificatoria connessa a quelle situazioni, anche a favore di soggetti non necessariamente proprietari di alcun lotto) e infine dell'*atterraggio* della potenzialità edificatoria su di un fondo diverso da quello di originario 'decollo', detto 'accipiente', e che si estingue al momento del rilascio del permesso di costruire. [16]

Pare superfluo sottolineare come, a fronte di uno scenario così frastagliato e in movimento, anche l'interprete, alla ricerca di uno o più criteri-guida affidabili per l'applicazione del corretto regime impositivo di tutte le diversamente modulabili fattispecie negoziali in cui si possono rifrangere o che possano essere ingenerate dalle dette operazioni di pianificazione, di sviluppo e di riqualificazione del territorio, avverta da un lato l'inadeguatezza di un'assimilazione strutturale *tout court* delle situazioni giuridiche soggettive cui si accennava ai 'diritti reali immobiliari' (come l'A.F. si è indotta da sempre a fare sulla scia delle convinzioni espresse nella Risoluzione n. 250948/76 del 17 agosto 1976) e dall'altra la necessità inderogabile di tenere sempre desta l'attenzione solo verso 'la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti', scolpiti dall'art. 20 del D.P.R. n. 131/86 quali criteri indefettibili (e al contempo perimetro necessario e sufficiente) di ogni valutazione di tipo fiscale.

3.1. La *'vexata quaestio'* della natura giuridica dei diritti edificatori.

Non pare pertanto ininfluente nell'ottica delle presenti note accennare a tale 'intrinseca natura', e per farlo la strada maestra è quella di indagare, per quanto possibile, proprio sulla natura giuridica di siffatti diritti edificatori, per potere argomentare - come si rilevava - anche in ordine al regime impositivo delle vicende negoziali che li abbiano ad oggetto.

È sembrato così potersi argomentare [17] che proprio la novella 'de qua' contenga ed implichi uno sforzo di definitiva qualificazione della natura giuridica della categoria dei diritti edificatori nel senso di una loro realità 'tipica'. Non avrebbe avuto senso - si è osservato - 'coniare' il nuovo n. 2-*bis* (dell'art. 2643 c.c.) per consentire la trascrizione dei negozi traslativi, costitutivi o modificativi di siffatti diritti se questi non dovessero presentare profili di realità 'tipica' (a ben riflettere esisterebbero già ipotesi, come quella del n. 1 e del n. 10 dello stesso menzionato articolo, che consentono di trascrivere contratti traslativi o di conferimento della proprietà o di altri diritti reali immobiliari).

Salvo poi a meglio definire tale (presunta) realità se *'in re propria'* o *'in re aliena'* e verificare se si possa accedere o meno alla definizione di tali diritti come posti 'a metà strada tra il diritto di proprietà e il diritto di superficie': definizione e verifica, va detto qui per inciso,

assolutamente problematiche, data l'assenza di una qualificazione certa in senso normativo della 'nuova' fattispecie in questione e data anche la difficoltà di concepire un diritto di tal fatta con riferimento a quelle ipotesi in cui i diritti edificatori risultano (magari temporaneamente) scissi e separati rispetto alla proprietà di un terreno (dal quale pure risultano originati) e che possono - come dire - 'vivere di vita autonoma' anche con riguardo al lotto (sia 'sorgente' che 'ricevente'). Anche la possibilità di qualificare siffatti diritti come una sorta di 'pertinenza' tra cosa mobile (il diritto o la potenzialità edificatoria) e cosa immobile (il terreno da cui promana), come tale suscettibile di separati atti e rapporti giuridici ex art. 812 c.c., o addirittura come 'frutti' pendenti [18], sembra eccessivamente centrata su di una supposta 'fisicità' del diritto edificatorio che sarebbe da giustificare con adeguatezza di argomenti.

Del resto non può revocarsi in dubbio che la mera collocazione del nuovo n. 2-*bis* nell'alveo dell'art. 2643 c.c. (e sia pure in materia di trascrizione) non può costituire di per sè comprova e fondamento ineluttabili della realità di tali diritti, in quanto già l'ordinamento conosce ipotesi di trascrizione di contratti sicuramente con efficacia obbligatoria o dubbiosamente reale (v. le ipotesi di cui ai n.ri 8 e 12 [19] del medesimo art. 2643 c.c., come pure quella del contratto preliminare ex art. 2645-*bis* c.c.).

I dubbi (in effetti non pochi e non peregrini sulla effettiva natura 'reale' di tali diritti) hanno indotto allora a mettere piuttosto in evidenza come siffatti diritti possano integrare un 'bene' [20] in sé apprezzabile su di un piano economico e quindi anche giuridico [21], riducendosi la rilevanza del rapporto con il bene fisico (terreno) da cui quei diritti promanano solo quanto alla loro 'origine': da cui l'espressione efficace e simbolica del diritto edificatorio come ***'bene immateriale di origine immobiliare',*** che viene definito "*certamente lecito e possibile, e comunque astrattamente dotato delle caratteristiche di cui all'art. 1346 c.c. e quindi determinato o determinabile.*" A sostegno di questa tesi si evocano le fattispecie (diverse quanto ai contenuti ma simili quanto agli effetti) delle cd. quote-latte (che in base alla normativa speciale contemplata dall'art. 10 della legge n. 468/92 spettano al produttore, nella sua qualità di conduttore dell'azienda agricola, con possibilità di cederla o affittarla ad altro produttore, anche per singole annate, senza alienare l'azienda stessa) o del cd. diritto al reimpianto del vitigno [22] (anch'esso alienabile a favore di altri viticoltori "con o

un'eventuale cessione dei diritti edificatori, e cioè se alla stipula dell'atto di cessione o alla data di rilascio del provvedimento amministrativo, l'unico, come si è innanzi rilevato, che secondo parte della dottrina e della Giurisprudenza di legittimità determini la produzione dell'effetto traslativo (e stavolta a prescindere dalla natura giuridica del diritto così trasferito). Ciò in quanto il disposto dell'art. 109 comma 2 lett. a) del TUIR opera al riguardo un distinguo e stabilisce che laddove l'effetto traslativo si verifichi in tempi successivi alla stipula dell'atto, l'esercizio di competenza per l'individuazione del reddito d'impresa sarà quello del momento di produzione dell'effetto stesso; altrimenti, appunto, coincide con quello di stipula dell'atto [(40)].

5. Conclusioni

A ben riflettere, conclusivamente, la codificazione nell'ambito delle norme codicistiche di pubblicità immobiliare delle astratte figure negoziali aventi ad oggetto diritti edificatori - così come recata dal nuovo n.ro 2-*bis*) dell'art. 2643 c.c. - per la ragioni sopra illustrate, non ha avuto il significato (anche con riguardo alla *ratio legis* della novella) di sancire la realità di tali diritti in senso oggettivo e draconiano. Anzi, il legislatore, come già detto, ha legittimato anche per tali figure negoziali il ricorso allo strumento della trascrizione immobiliare solo per "garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori", tanto svariate e diversamente modulate nella prassi sono tali fattispecie, anche per effetto delle numerose e differenziate legislazioni regionali in materia. C'era bisogno allora di una sorta di *'reductio ad unum'* (almeno sotto il profilo pubblicitario) in quanto il modulo, di fatto abusato e talora anche forzoso, della *'servitus inaedificandi'* (cui si è fatto ricorso nella prassi professionale per dare pubblicità immobiliare a situazione che diversamente non l'avrebbero avuta) non poteva più contenere tutte le articolate e complesse fattispecie negoziali connesse o collegate con i diritti edificatori. Il che, al contrario di quanto non si possa pensare, può essere stato determinato proprio dalla convinzione che siffatti diritti non erano e non sono assimilabili con certezza a quelli immobiliari (per i quali già esisteva un collaudato sistema di pubblicità immobiliare): diversamente, forse, non vi sarebbe stato nemmeno necessità di una norma *ad hoc* come quella introdotta dal legislatore con il d.l. n. 70/2011 e si sarebbe potuto continuare ad utilizzare i vecchi percorsi di pubblicità immobiliare.

Ma se ciò non è di fatto più coerente anche con le sopravvenute mutazioni indotte dalle legislazioni (statale e regionali) e dalle nuove politiche di pianificazione del territorio e se soprattutto la colorazione della realità delle disparate situazioni giuridiche ingenerate da esse non ne costituisce più un tratto identitario assorbente (per l'assoluta distanza che si può interporre tra il fondo 'originante' così come rispetto a quello - eventualmente- 'servente'), anche l'interprete sul piano fiscale deve trarne coerenti e convergenti conclusioni, che possono essere anche diverse da quelle cui in tempi addietro si era pervenuti con riguardo alla 'cessione di cubatura'.

In quest'ultima fattispecie infatti di regola la *utilitas* connessa con la volumetria maggiorata di cui beneficiava (e può beneficiare) il cessionario aveva (e può avere) come suo presupposto logico *la inerenza* con il fondo (normalmente contiguo a quello 'beneficiato') da cui la volumetria si distacca per accorparsi a quella del fondo destinatario della maggiorazione volumetrica.

Adesso, in forza della concreta esplicazione delle politiche perequative, compensative o incentivanti cui si è accennato nelle superiori osservazioni, tale inerenza è solo un dato eventuale, ma non connaturale, essenziale ed identitario delle fattispecie negoziali relative ai diritti edificatori: il dato invece ineludibile è quello della 'potenziale ***ambulatorietà***' e quindi un dato esattamente contrario a quello della 'inerenza', tant'è che il diritto edificatorio, una volta generato e originato da un certo fondo, potrebbe costituire una mera utilità economica in testa a soggetti che in relazione a quel fondo non vantano e non vanteranno mai alcun legame o vincolo di contatto e che potranno immettere sul mercato il corrispondente controvalore disinteressandosi (e non avendo alcun potere di disposizione) del terreno o dei terreni da cui il diritto promana.

Inoltre, proprio in ragione del fatto che il diritto edificatorio costituisce solo una sorta di presupposto perché poi la P.A., nell'esercizio delle sue facoltà e valutazioni discrezionali, possa poi provvedere all'emanazione del titolo abilitativo edilizio consentendo a quel diritto di trovare concreta esplicazione, si potrebbe anche dubitare del fatto che siffatto diritto presenti la colorazione della 'immediatezza'.

Sicché il difetto di due degli elementi qualificativi e costitutivi del diritto reale (che sono proprio *l'immediatezza e l'inerenza* secondo l'insegnamento tradizionale [41]) non consentirebbero quella operazione concettuale di assimilazione 'strutturale' tra i diritti qui al vaglio e quelli reali che

sta alla base delle consequenziali convinzioni applicate nell'ambito del diritto tributario. Non a caso in recenti pronunce (successive al d.l.n. 70/2011) del giudice amministrativo [42] (forse più sensibile alle questioni proprie del diritto urbanistico) la stessa fattispecie della cessione di cubatura viene qualificata come sorta di "*contratto atipico ad effetti obbligatori, avente natura di atto preparatorio finalizzato al trasferimento di volumetria, che si realizza soltanto con il provvedimento amministrativo*" o ancora "*accordo ..che ha efficacia solo obbligatoria tra i suoi sottoscrittori, mentre il trasferimento di cubatura fra le parti e nei confronti dei terzi è determinato esclusivamente dal provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato...*" [43].

Dall'analisi ragionata della 'presunta assimilazione strutturale' di cui s'è detto [44] d'altra parte ci si accorge con evidenza che essa viene 'recepita' da quell'orientamento (nemmeno maggioritario) della Suprema Corte innanzi evocato [45] in base al quale la cubatura costituirebbe un diritto a sé stante trasferita, in caso di cessione, definitivamente all'acquirente, ***a beneficio del fondo di costui.*** Ancora una volta pertanto viene posta a fondamento di tale opzione la situazione di relatività e di collegamento (inerenza) tra il fondo da cui quel diritto promana e quello a cui beneficio viene destinata: situazione che, come più volte osservato, non è dato riscontrare quale tratto distintivo e costitutivo della generica categoria del 'diritto edificatorio', soprattutto se riguardata con riferimento a tutte le diverse morfologie tipologiche ipotizzate o ipotizzabili in base alle nuove tecniche di pianificazione territoriale. Inoltre la teoria dell' "assimilazione strutturale" prescinde del tutto dalla complessità procedimentale in cui il negozio di diritti edificatori va a collocarsi, finendo per concentrare ogni valutazione su di un solo segmento (quello negoziale) dell'intera procedura e senza possibilità di valutare se il diritto edificatorio in sé abbia la dignità stessa di 'diritto' o, come innanzi si è rilevato, non concorra a definire piuttosto un interesse legittimamente tutelato, cadenzato e calibrato soprattutto sull'atto finale e conclusivo di quel procedimento (il rilascio del titolo abilitativo edilizio da parte della P.A.) che solo dà ad esso consistenza ed efficacia sul piano giuridico.

Di tutto ciò, in estrema conclusione, l'interprete non può non farsi carico anche sul piano fiscale, eventualmente ripensando in funzione degli obiettivi perseguiti dalle nuove metodologie urbanistiche, le categorie concettuali finora utilizzate, ai fini della individuazione del corretto

regime impositivo afferente alle fattispecie negoziali relativi ai nuovi diritti edificatori ed ipotizzando come non peregrino un trattamento fiscale a ciò adeguato (segnatamente nell'ambito dell'imposta di registro accedendo all'applicazione dell'aliquota - 3% - prevista per i beni 'diversi' da quelli immobiliari ex art. 2 della tariffa Parte prima allegata al D.P.R. n. 131/86 o, con effetti similari quanto al relativo carico fiscale, prevista dall'art. 9 della medesima tariffa in generale per gli atti aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale) [46].

Adriano Pischetola

---

1) In generale sulle problematiche afferenti l'argomento della cessione di cubatura cfr. in dottrina *ex multis*: CIMMINO - *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, 5, p. 1113; LEO - *Trasferimento di cubatura*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, Aggiornamento, V, Roma 2002, p. 710; *C.N.N.* (estensore LEO) - *Il trasferimento di cubatura* (29. 9. 1999), in *Studi e materiali*, 6. 2, Milano 2001, p. 669; PATTI-RUSSO - *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, 3, p. 1675; CANDIAN - *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., Aggiornamento, I, Torino 2000, p. 735; MORI, *La cessione di cubatura*, in *Casi e Questioni di diritto privato per la pratica notarile, parte prima*, Milano 1995; GRASSANO - *La cessione di cubatura*, in *Riv. Not.* 1992, 5, p. 1069; DI VITA - *La cessione di cubatura*, in COMITATO REGIONALE NOTARILE DELLA SICILIA - Diritti reali limitati - *Argomenti di interesse notarile, Nuovi Quaderni di Vita Notarile*, XI, Palermo 1990; CANDIAN - *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Giuffrè, Milano 1990; CECCHERINI - *Il c.d. trasferimento di cubatura*, Giuffrè, Milano 1985;

2) Dei quali vedi una fedele ricostruzione in PATTI-RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico, op. cit.* p. 1675 e ss..

3) Cfr. anche per questi ultimi LEO, *Il trasferimento di cubatura, op. cit.* p. 689 e ss.

4) Cfr. *Cass.* 1° giugno 1953 n. 1655 citata da PICCO-MAROCCO, *I così detti trasferimenti di cubatura*, in *Riv.Not.*, 1974, p. 626

5) Cfr. la Risoluzione n. 250948/76 del 17 agosto 1976 e ciò perché, precisa l'estensore *"la volontà dei privati contraenti, nel porre in essere il trasferimento di una delle facoltà in cui si estrinseca il diritto di proprietà, e cioè quella di costruire, modifica il limite di edificabilità fissato dal piano regolatore per i singoli appezzamenti, con la conseguente compressione del diritto di proprietà del cedente e il correlativo aumento dell'edificabilità sull'area del cessionario."*

6) Cass. 6 luglio 1972 n. 2235, in *Riv. leg. fisc.*, 1973, 766 e in *Rass. Avv. Stato*, 1972, I, sez. 5; Cass. 6 marzo 1973 n. 641, in *Riv. not.*, 1973, 1165; ivi, 1974 (solo massima), 114 con nota di R. Triola; Cass. 21 marzo 1973 n. 802 in *Riv. leg. fisc.*, 1973, 2200 e in *Foro it.*, 1973, I, 2117; Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Riv. not.*, 1975, 547 con nota di M. Di Paolo e in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424, con nota di R. Triola; Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 1595; Cass. 21 maggio 1975, n. 2017, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 2288; Cass. 20 ottobre 1975 n. 3416, in *Riv. leg. fisc.*, 1976, 585; Cass. 8 ottobre 1976, n. 3334, in *Riv. not.*, 1977, 1006; Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, *Riv. leg. fisc.*, 1977, 1146; e poi più di recente Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807 in *Corr. giur.*, 1989, 276 con nota di V. De Lorenzi, in *Giur. imp.*, 1989, I, 164, con nota di R. Zampini e in *Giur. it.*, 1989, I, 1, con nota di A. Chianale; in cui la Suprema Corte afferma che attraverso la cessione di cubatura *"si attua un trasferimento assimilabile, negli e ai fini previsti dalla legge tributaria, al trasferimento di un diritto reale immobiliare in quanto il proprietario dell'area cui ineriva la cubatura ceduta perde il diritto di costruire sulla medesima e tale diritto viene acquistato dal proprietario del fondo cui la cubatura è trasferita"* ; nonché Cassaz. 14 maggio 2007 n. 10979 leggibile in *Banca dati Leggi d'Italia* Gruppo Wolters Kluwer, secondo cui la "cessione di cubatura (non definibile altrimenti che quale facoltà inerente al diritto di proprietà e, in quanto tale, *avente sicure caratteristiche di realità*), mentre è assoggettabile ad imposta di registro (giacché, in base alla relativa disciplina, è suscettibile d'imposizione ogni atto di trasferimento di diritti reali immobiliari, inclusa la rinunzia agli stessi) - non è assoggettabile ad Invim, posto che, ai sensi del D.P.R. n. 643 del 1972, art. 2, tale imposta è applicabile soltanto al trasferimento di alcuni diritti immobiliari tipici, senza che, alla luce della lettera della legge, si possano creare assimilazioni o analogie con figure giuridiche ivi non menzionate (v. Cass. 7417/03)": quest'ultima sentenza desta interesse in quanto, pur sopponendola ai soli fini dell'imposta di registro, sembra non addivenire ad una automatica assimilazione tra il concetto di 'cubatura' e quello di diritto reale immobiliare (escludendo di conseguenza l'applicazione dell'ormai abrogata imposta INVIM). Analogamente in tale ultimo senso v. Cassaz. civ. Sez. V, 14-05-2003, n. 7417 leggibile in *Banca dati Leggi d'Italia* Gruppo Wolters Kluwer

7) Annota LEO M, in *Il trasferimento di cubatura, studio CNN* n. 1763 *op. cit.*, p. 690 e ss. che le conclusioni cui pervenne la Suprema Corte nel filone giurisprudenziale cui si fa cenno nel testo ed inaugurato negli anni '70 furono dettate eminentemente da preoccupazioni di carattere fiscale, e cioè se l'atto di trasferimento della cubatura potesse fruire o meno delle agevolazioni di cui alla legge 2 luglio 1949 n. 408 (*cd. Legge Tupini*) a fronte del diverso orientamento tenuto dall'A.F. per la quale siffatto trasferimento doveva considerarsi porsi al di fuori della previsione della menzionata legge e pertanto da tassare secondo i criteri ordinari di cui all'art. 1 parte prima all. 'A ' della tariffa allegata alla legge di registro

8) In linea di massima all'assimilazione della cubatura con siffatti diritti reali è pervenuto anche un precedente studio del CNN n. 24/2002/T *Cessione di cubatura e trattamento tributario dei trasferimenti dei terreni edificabili,* in Studi e Materiali n. 1/2003, 136 ss.

9) *Cass.,* Sez. 2^, 22 febbraio 1996, n. 1352 secondo cui *" Tale accordo... 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. Infatti, a determinare il trasferimento di cubatura tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario"* e ancora *Cass.,* Sez. 2^, 12 settembre 1998, n. 9081 secondo cui *"la "cessione di cubatura" si realizza in virtù del solo provvedimento amministrativo di concessione edilizia, che ha effetto verso i terzi e tra le parti....non è necessario, all'uopo, un atto negoziale con effetti obbligatori o reali, essendo sufficiente l'adesione al progetto da parte di colui che cede la propria cubatura."*

10) Si indicano di seguito le Regioni che, a quanto consta, hanno legiferato in materia e i rispettivi provvedi-menti emanati: Toscana (Legge 3 gennaio 2005, n. 1, che ha sostituito l'originaria legge 16 gennaio 1995, n. 5); Emilia Romagna (24 marzo 2000 n. 20); Basilicata (11 agosto 1999, n. 23); Lazio (22 dicembre 1999, n. 38); Puglia (27 luglio 2001, n. 20); Calabria (16 aprile 2002, n. 19); Campania (22 dicembre 2004 n. 16); Veneto 23 aprile 2004, n. 11); Lombardia (11 marzo 2005, n. 12); Umbria (22 febbraio 2005, n. 11); Provincia di Trento (11 novembre 2005, n. 16 sostituita dalla legge 4 marzo 2008 n. 1); Friuli Venezia Giulia (23 feb-braio 2007, n. 20); Provincia di Bolzano (2 luglio 2007 n. 3 a modifica della Legge 11 agosto 1997, n. 13 art. 55-*bis*).
Di siffatte metodiche intercettiamo qualche traccia anche nella legislazione statale: ad es. nell'art. 11, quinto comma, D.L. 25-6-2008 n. 112 convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, è sancito, sotto la rubrica "Piano Casa", che al fine di incentivare l'edilizia residenziale sociale sia prevista la possibilità del trasferimento di «diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo»; di «incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi e spazi (pubblici)»; della «cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate».
Inoltre il comma 21 art. 1 della legge n. 308/2004 (già recante delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale) stabilisce che "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";.

11) In tema di perequazione e compensazione, si vedano, nella letteratura giuridica, MAZZARELLI, Proprietà e piano, in Annali 1998-1999, Università degli Studi della Tuscia, Viterbo, 2000, 9 ss., in particolare 17 ss., URBANI, I problemi giuridici della perequazione urbanistica, in Riv. giur. urb., 2002, 587 ss., POLICE, Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evolutiva dei nomi, legalità ed effettività, in Riv. giur. edil., 2004, II, 3 ss., CROSETTI, Evoluzione del regime d'uso dei suoli e nuovi strumenti di perequazione urbanistica, in Quad. reg., 2004, 547 ss., PERONGINI, Profili giuri-dici della pianificazione urbanistica perequativa, Milano, 2005;

12) Va precisato qui con chiarezza che lo strumento classico del PRG (il piano regolatore generale, quello che secondo l'art. 7 della legge n. 1150 dovrebbe indicare, tra le altre cose, la rete delle principali vie di comunicazione stradali, ferroviarie e navigabili e dei rela-tivi impianti; la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei carat-teri da osservare in ciascuna zona; le aree destinate a formare spazi di uso pubblico o sottoposte a speciali servitù , ecc.) vive una fase di avanzata crisi, almeno nel suo stereo-tipo. A questo stereotipo, come è noto, in molti comuni - e ben prima della spinta fede-ralista – si è sostituito il modulo bifasico, quello che attua la distinzione tra pianifica-zione strutturale e pianificazione operativa, modulo che ha consentito e consente nella prima fase di raccogliere le indicazioni di massima circa la pianificazione territoriale, stabilendo principi-guida e individuando strategie, obiettivi, finalità, e nella seconda fase, quella della pianificazione operativa, che ha consentito e consente di valutare in concreto l'adattabilità delle opzioni di astratta pianificazione alle reali esigenze di sviluppo anche economico di determinate aree del territorio comunale piuttosto che di altre, sulla base dei concreti bisogni dei cittadini che occupano quel territorio, creando così un canale più diretto' tra questi e l'apparato istituzionale. Non a

caso la pianificazione operativa coin-cide con lo strumento di più snella attuazione dello stesso mandato elettorale affidato a chi è posto ai vertici delle istituzioni comunali, al punto che nella legge regionale della Toscana n. 5 del 1995 viene definita "piano del sindaco".

13) Per una trattazione più meticolosa e ragionata di tutte le problematiche anche civilistiche connesse con il tema al vaglio si rinvia a TRAPANI G., Studio CNN n. 671-2009/C, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, in *Studi e Materiali* n. 2/2011, p. 401: nonché dello stesso A. *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, in *Notariato* n. 4/2012, 411 ss.;

14) Si può dire, con buon margine di approssimazione e mutuando un esempio che è stato proposto da autorevole dottrina (BOSCOLO E. *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2010/1, pp. 104 e ss.), che mentre nei piani tradizionali, un solo fondo è beneficiato della capacità volumetrica derivante dalla sua utilizzazione edificatoria in misura 1mc/1mq e contestualmente altri 4 fondi sono assoggettati a vincoli per la realizza-zione delle opere infrastrutturali o quale verde privato, nei piani ispirati ai modelli perequativi, invece, lo sviluppo volumetrico è ripartito equamente tra i cinque lotti a ciascuno dei quali verrà assegnato un indice perequativo 0,2mc/1mq, con contestuale identificazione di un solo fondo sul quale avverrà la concentrazione edificatoria e delle aree da destinare a verde o ad infrastrutture.
Segnatamente nella legge regionale della Lombardia n. 12/2005 all'art. 11 è prevista (ai commi 1, 2 e 3) la possibilità di una perequazione 'parziale' (mediante ripartizione di diritti edificatori con un identico indice di edificabilità fra i proprietari interessati ad interventi di trasformazione urbanistica) e di una perequazione cd. 'estesa' (mediante attribuzione a tutte le aree del Comune, ad eccezione di quelle destinate all'agricoltura e di quelle estranee alla trasformazione urbanistica, di un identico indice di edificabilità territoriale con contestuale regolamentazione della cessione gratuita al Comune di aree destinate alla realizzazione delle opere di urbanizzazione ovvero di servizi ed attrezzature pubbliche da effettuarsi all'atto della utilizzazione dei diritti edificatori). Così come è previsto, per i proprietari di aree destinate ad interventi di interesse pubblico o generale e non disciplinate da piani o atti di programmazione, che agli stessi siano attribuite aree in permuta o diritti edificatori trasferibili su aree edificabili.
Soprattutto al comma 4 del detto art. 11 si stabilisce che i diritti edificatori attribuiti a titolo perequativo o compensativo siano commerciabili e che i comuni istituiscano appositi registri delle cessioni di siffatti diritti, aggiornati e resi pubblici secondo modalità stabilite dagli stessi comuni.

15) Il credito può nascere a fronte della esecuzione di quegli interventi edilizi che possono determinare un credito edilizio oppure come compensazione dell'esproprio da effettuarsi mediante recupero da parte del cedente di adeguata capacità edificatoria. Il titolare del credito potrà alternativamente o "incassare" il credito utilizzando per se stesso, su un proprio bene, la volumetria che il credito gli riconosce oppure potrà trasferire il credito a terzi.

16) È forse utile rilevare come, proprio con riferimento ai fenomeni che qui si tratta, ad esempio nella città di Milano è stato istituito il Registro delle cessioni (vedi delibera di giunta n. 890 del 10 maggio 2013).
È stato osservato al riguardo dalla stampa specializzata (INZAGHI G., Milano scambia le aree urbane, in sole24ore di lunedì 15 luglio 2013 n. 192 pag. 7 inserto Norme e Tributi) che la città di Milano mediante il Pgt (Piano di governo del territorio) ha introdotto una peculiare forma di perequazione urbanistica su base diffusa.
Il Comune assegnerebbe a tutte le aree già edificate un indice di «Utilizzazione territoriale unico», pari a 0,35 metro quadrato/metro quadrato e, al contempo, un indice di utilizzazione territoriale massimo, pari a un metro quadrato/metro quadrato. Per colmare la differenza tra i due valori si ricorrerebbe proprio all'istituto della perequazione urbana, attuando così una forma di premialità. Ciò consente - previa cessione delle aree gratuite al Comune per realizzare servizi ed attrezzature pubbliche intese come 'pertinenze indirette' o 'aree di decollo' - che i relativi diritti edificatori - dopo il 'decollo' - possano essere collocati sull'intero territorio comunale edificabile e, in particolare, nelle aree di «atterraggio», che non sviluppino già l'indice massimo pari a 1 metro quadrato/metro quadrato
Nel detto Registro delle cessioni devono essere indicati tra l'altro, le aree di decollo, le aree di atterraggio, le quantità di diritti edificatori generati e il successivo trasferimento e sfruttamento, con i connessi dati catastali e dati proprietari. La registrazione avviene d'ufficio o su richiesta dell'interessato. Il Registro è tenuto dal responsabile del servizio gestione pianificazione generale che, al momento dell'annotazione, rilascia al proprietario un certificato attestante il numero progressivo di annotazione, l'entità dei diritti edificatori e gli estremi dell'atto dal quale derivano i diritti.
Del registro è prevista la libera consultazione anche su Internet

17) RESTAINO L., *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali* (del 13/11/2013), leggibile all'indirizzo http://www.e-glossa.it/

18) In tal senso si esprime URBANI. P., *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e modelli di destinazione dei suoli*, in *Urb. e appalti*, 2006, p. 908, n. 10

19) Rispettivamente il contratto di locazione ultranovennale e il contratto di anticresi

20) Si esprimono in questo senso sia TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori, op. cit.* 428; quanto GAMBARO A. *I beni,* in *Trattato di dir.civ. e comm.* A.Cicu, F.Messineo e L. Mengoni, 2012, 126 ss.; così come BERGAMO. E., *La cessione dei diritti edificatori,* in *Corriere del merito* 2102, 2, 119: secondo quest'ultimo Autore in particolare " sono note le ricostruzioni effettuate e che hanno portato all'affermazione che la cubatura, in quanto tale, è in sé stessa bene in senso giuridico ed in quanto tale è un elemento idoneo a formare oggetto di diritto. Si è affermato, infatti, che la cubatura, quale bene giuridico autonomo, non urta con il principio del numero chiuso dei diritti reali, non costituendo essa stessa un diritto, bensì un bene in sé, bene, dotato di una sua apprezzabilità economica, che può costituire oggetto di accordo tra privati ed in particolare oggetto di diritti reali."

21) Secondo GAMBARO A., *I beni,* op. cit. p. 135 i diritti edificatori sarebbero "beni immobili virtuali oggetto di proprietà o di diritto di superficie, e quindi soggetti a tutte le regole in materia di circolazione di diritti immobiliari..."; in ogni l'A. aveva già espresso in altro suo contributo (*Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori. Alcuni prolegomeni* in *La libera circolazione dei diritti edificatori nel Comune di Milano ed altrove*, Milano 2012, p. 187) l'opinione per cui i diritti edificatori possano essere qualificati come beni a se stanti separabili dal bene suolo anche in assenza della costituzione di un diritto di superficie

22) Previsto dalla normativa UE, segnatamente dal Regolamento del 18 febbraio 1980 n. 456/80

23) Cfr. sul punto TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori, op. cit.* 431-432

24) Secondo RESTAINO L. *op. cit.* oltre le fattispecie ricordate nel testo sarebbe degna di nota anche altra fattispecie a conferma della possibile ambulatorietà di diritti e situazioni giuridiche attive indipendentemente dal terreno cui esse ineriscono o dal quale promanano, e all'uopo l'A. evoca "*i diritti all'aiuto previsti dal regolamento CE n. 1782/2003, regolamento che prevede l'erogazione di un sussidio agli agricoltori legato esclusivamente all'estensione della superficie aziendale complessivamente destinata ad attività agricola, prescindendo dalla quantità della produzione e, in linea di massima, anche dal tipo di coltivazione in essa esercitato. Segnatamente l''art. 46 del Regolamento citato prevede espressamente la possibilità che l'agricoltore a cui tali quote sono state assegnate, in alternativa a chiederne il pagamento, le trasferisca "unicamente ad altro agricoltore stabilito nello stesso Stato membro"; il secondo paragrafo dell'art. 46 dispone poi che "i diritti all'aiuto possono essere trasferiti a titolo oneroso o mediante qualsiasi altro trasferimento definitivo, con o senza terra. L'affitto o altri tipi di cessione sono consentiti soltanto se al trasferimento dei diritti all'aiuto si accompagni il trasferimento di un numero equivalente di ettari ammissibili.*".

25) GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *www.judicium.it*

26) Sul tema sia consentito il richiamo a PISCHETOLA A., *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *www.adrianopischetola.it*, e in *Fisco, 2011, 17, 2664*

27) Regola che come ricorda l'A.F. stessa nella circolare n. 3E/2008 " sebbene enunciata in materia di imposta di registro, deve considerarsi applicabile in linea di principio anche per le altre imposte indirette (risoluzione 1 agosto 2000, n. 126/E; risoluzione 26 aprile 1988, n. 310088)."

28) Del resto già con riferimento alla cessione del cd. 'credito edilizio' di cui alla legge regionale del Veneto 23 aprile 2004 n. 11 (che - giusta artt. 36 e 37 - prevede che dalla demolizione delle opere incongrue, dall'eliminazione degli elementi di degrado, o dalla realizzazione degli interventi di miglioramento della qualità urbana, paesaggistica, architettonica e ambientale, tutti individuati nel Piano di assetto territoriale, così come a seguito delle compensazioni che permettono ai proprietari di aree ed edifici oggetto di vincolo preordinato all'esproprio di recuperare adeguata capacità edificatoria, su altre aree e/o edifici, può scaturire un credito edilizio) era sembrato legittimo argomentare in termini di applicazione di imposta di registro con aliquota del 3% (tre per cento) opinando per la non realità della situazione giuridica ('cubatura') oggetto di cessione cfr. LEO. M., MASTROIACOVO V., Ufficio studi Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito n. 254-2007/T e 661-2007/C - *In tema di "Cessione crediti edilizi - Tassazione"*, in Studi e Materiali n. 1/2008, pp. 477-478

29) Qualcuno (v. RESTAINO, L., op. cit.; BRAMBILLA M. *Come la circolazione dei diritti edificatori può essere identificata catastalmente,* in *La Libera circolazione dei diritti edificatori nel Comune di Milano e altrove*, Milano 2012, 79 ss.) al riguardo ha proposto l'istituzione di una nuova categoria catastale 'fittizia' (F/7) che identificherebbe i diritti edificatori, senza necessità di redigere planimetria alcuna; il Comune trasmetterebbe al Catasto una nota con cui 'creare' al catasto fabbricati una particella (la medesima già presente al catasto terreni e identificante il terreno da cui quei diritti si originano), con i medesimi identificativi ed intestatari; tale particella verrebbe poi soppressa al momento in cui il nuovo fabbricato realizzato anche grazie all'utilizzo dei diritti edificatori acquisiti verrebbe introdotto con tipo mappale nel catasto fabbricati ed ivi denunciato. Tale doppia intestazione (al catasto terreni e fabbricati) permetterebbe anche di assolvere alle imposte diverse (dirette ed indirette) dovute in relazione ai diversi cespiti cui attengono (terreno, da un alto, e diritti edificatori dall'altro)

30) Con o senza assorbimento del tributo speciale catastale rispettivamente nel primo e nel secondo caso

31) Quest'ultimo afferente a danaro, gioielli e mobilia presuntivamente ricompresi nell'attivo ereditario

32) Dettati per la valutazione della base imponibile rispettivamente (l'art. 14) per immobili e diritti reali immobiliari, (l'art. 15) per aziende, navi ed aeromobili, (l'art. 16) per azioni e obbligazioni, altri titoli e quote sociali, (l'art. 17) per rendite e pensioni, (l'art. 18) per crediti

33) Cfr. FORTE N., *Il nuovo manuale dell'IVA 2014*, Maggioli ed. 2014, p. 39

34) La cui cessione integra le 'prestazioni di servizi' di cui è menzione all'art. 3 comma 2 n. 2) del D.P.R. n. 633/72

35) Al riguardo giova ricordare che l'art. 1, comma 156, della legge 27 dicembre 2013 n. 147 (in Suppl. ord. n. 47 alla G.U. n. 302 del 27. 12. 2013), ha modificato il disposto dell'art. 2, comma 2, del D.L. 24 dicembre 2002, n. 282, convertito in legge 21 febbraio 2003, n. 27 (dettato appunto sulla riapertura di termini in materia di rivalutazione di beni di impresa e di rideterminazione di valori di acquisto); e ha, più precisamente, prorogato al 30 giugno 2014 il termine per la redazione ed il giuramento della perizia, da utilizzarsi per la rideterminazione del valore di acquisto dei terreni agricoli o edificabili posseduti alla data del 1° gennaio 2014.

36) Anche nella denegata ipotesi che il diritto edificatorio sia qualificabile come una facoltà ricompresa nel diritto a suo tempo acquistato, sarebbe peraltro arduo ipotizzare un 'prezzo di acquisto' del diritto trasferito da computare come termine di riferimento per il calcolo della plusvalenza stessa, costituita dalla differenza tra il corrispettivo percepito e quel prezzo, aumentato di ogni altro costo inerente, ai sensi dell'art. 68 del TUIR. Di regola infatti il prezzo di acquisto si riferisce al bene o al diritto acquistato nella sua originaria unitarietà e non anche ad una sola delle facoltà in esso per ipotesi ricomprese.
A soli fini descrittivi, nella consapevolezza dell'assenza, di regola, di strumenti di definizione certa della entità del 'prezzo di acquisto', si può qui ricordare come l'A.F. con risoluzione n. 210/E del 22 maggio 2008 abbia ritenuto in una fattispecie in parte analoga (si trattava di una rinuncia a servitù di distanza, generativa, a giudizio, dell'A.F., di plusvalenza imponibile) che "il prezzo di acquisto originario...debba essere estrapolato dal prezzo complessivo di acquisizione dell'immobile e di costituzione della servitù a suo tempo pagato da colui che...rinuncia alla servitù. Al riguardo può essere utilizzato un criterio di tipo proporzionale, fondato sul rapporto tra il valore complessivo attuale dell'immobile e della rinuncia alla servitù e il corrispettivo percepito per la rinuncia alla servitù."
Il che - sia detto per inciso - richiederebbe una difficoltosa e fors'anche sempre contestabile valorizzazione attuale della rinuncia siffatta e quindi il rischio della esposizione a probabili successivi accertamenti dei valori ipotizzati da parte dell'Amministrazione.
escluso il richiamo anche agli atti costitutivi di diritti reali immobiliari, nonostante il tenore letterale della norma.

37) BORRIERO G. e REBECCA G. (*Cessione di terreni: ulteriori aspetti*, in *Fisco*, 2003, 2, 201) ritengono addirittura che la cessione di cubatura realizzi una sorta di '*deminutio*' del valore patrimoniale effettivo del lotto da cui si distacca (come avviene per esempio per la cessione del diritto di escavazione delle cave) e quindi non genererebbe alcun reddito imponibile né plusvalente

38) V. sul punto Studio CNN n. 21-2012/T, *Plusvalenze immobiliari: aspetti notarili* , approvato dalla Commissione studi tributari il 18 aprile 2012 (estensore RAPONI), in www.notariato.it, anche per le altre problematiche connesse con il tema in oggetto in materia di imposte dirette

39) Ex art. 86 comma quarto del TUIR

40) Sul punto cfr. ANDREANI G, TUBELLI A., *Plusvalenze e minusvalenze da cessione di diritti edificatori* in "*Bilancio e reddito d'impresa*" n. 11 del 2011, pag. 7

41) Cfr. MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*,. Milano, 1965, 239

42) Cfr. Sentenza T.A.R. Lombardia, Milano del 26 luglio 2012 n. 2097, leggibile sul sito http://www.giustizia-amministrativa.it/

43) T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, 09/01/2014, n. 106 leggibile in *Banca dati Leggi d'Italia* Gruppo Wolters Kluwer

44) E testuale nella Ris. n. 233/E del 20 agosto 2009 sopra ricordata

45) Soprattutto sentenze n. 6807/1988 e 10979/2007 già citate

46) *Rimane peraltro impregiudicata l'applicazione di eventuali regimi impositivi speciali* [come quello disegnato dall'art. 20 della legge 28 gennaio 1977 n. 10 (cd. Legge Bucalossi) che richiama il trattamento premiale di cui all'art. 32 2° comma D.P.R. n. 601/73 - e quindi l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa e l'esenzione da imposte ipocatastali] laddove ne dovessero ricorrere i presupposti; né quanto qui in argomento ha riferimenti diretti o indiretti con la portata del disposto di cui all'art. 10 comma 4 del d.lgs. n. 23/2011 (statuente soppressione di agevolazioni ed esenzioni fiscali, anche se previste da leggi speciali), in quanto il presente contributo ha inteso valutare il fenomeno dei negozi aventi ad oggetto diritti edificatori solo in una prospettiva impositiva generale.

(Riproduzione riservata)