

# I negozi aventi ad oggetto diritti edificatori e la loro trascrivibilità<sup>1</sup>

di Giuseppe Trapani  
Notaio in Zagarolo

## Gli interessi in gioco

La perequazione è l'equa ripartizione tra più proprietari dei vantaggi ed oneri derivanti dalla trasformazione in senso edificatorio delle aree, ottenuta attraverso il ricorso a tecniche che permettono

138

<sup>1</sup> Sulla cessione di cubatura tra i tanti si ricordano i contributi di A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura*, in *Digesto disc. priv., sez. priv.*, (aggiornamento), Torino, 2000, p. 735; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento della volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici ed al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano 1994, p. 211; A. CECCHERINI, «Funzione ed efficacia della cessione di cubatura», in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 103; A. CECCHERINI, «Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 557; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2001, p. 65-67; A. CHIANALE, «Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di volumetria», in *Giur. it.*, 1989, I, i, p. 1545; N.A. CIMMINO, «La cessione di cubatura nel diritto civile», in *Riv. not.*, 2003 p. 1113; R. COLLETTI, «Le servitù e le cessioni di cubatura», in *Nuova rass.*, 1996, 1, p. 68; *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, p. 413; V. DE LORENZI, «Sul cd. trasferimento di cubatura», in *Corr. giur.*, 1989, 3, p. 276 (nota alla sentenza della Cassazione del 14 dicembre 1988 n. 6807); M. MARIANO, «La cessione di cubatura», in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), n. 3102 del 10 gennaio 2011; P. DE MARTINIS, «Asservimento di area e cessione di cubatura», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 213; P. DE MARTINIS, «Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 342 (nota alla sentenza della Suprema Corte del 22 febbraio 1996, n. 1352); M. DI PAOLO, «Trasferimenti di cubatura d'area e numero chiuso dei diritti reali», in *Riv. not.*, 1975, p. 547; *Il contratto*, a cura di P. Fava, Milano, 2012 (in particolare p. 826); F. FELIS, «Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura», in *Contr. e impr.*, 2011, p. 632 (contributo che precede di pochissimo la novella); C. FRANCO, «Appunti sulla cd. cessione di cubatura», in *Vita not.*, 1997, p. CXC; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, op. cit.*, p. 527; ID., *Il diritto di proprietà, op. cit.*, p. 309; A. GAMBARO, «Compensazione urbanistica e diritti edificatori Alcuni prolegomeni», Prolusione ai corsi della Scuola di notariato di Milano in Milano il 25 novembre 2009 (testo dattiloscritto al quale sono fatti i richiami contenuti nel presente volume), poi pubblicato

in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 3; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Tomo I, artt. 2643-2644, in *Il codice civile comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 655 e ss.; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, p. 246; ID., «La cessione di volumetria», in *Il Notaro*, 1998, p. 105; N. GRASSANO, «La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata», in *Riv. not.*, 1992, p. 1070, (ed in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 383); A. IANNELLI, «La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento», in *Giur. mer.*, 1977, IV, p. 740; M. LANGELLA, «Brevi cenni in tema di cessione di cubatura», in *Vita not.*, 2007, p. 428; M. LEO, «Il trasferimento di cubatura», in *Studi e materiali*, VI, t. 2, 1998-2000, Milano, p. 669; M. LEO, *Trasferimento di volumetria*, voce del *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, Roma, 2002, vol. V, p. 710; M. LEO, «Cessione di volumetria edificabile - fattispecie, quesito n. 777-2008 della Commissione di studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato», in <https://webbrun.notariato.it>; D. LAVERNICCOLA, «La cessione di cubatura e l'asservimento di aree tra presente e futura pianificazione», in *Urb. e app.*, 2006, 8, p. 943; M. LIBERTINI, «Sui trasferimenti di cubatura», in *Contr. e impr.*, 1991, p. 73; M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, t. 3, Torino, 1995, p. 2253; M. MARÈ, «Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica», in *Riv. not.*, 1990, p. 1347; M.A. MAZZOLA, *Le servitù in Proprietà e diritti reali*, a cura di G. Cassano, Padova, 2007, tomo II, p. 1815; A. PAGANO, «In tema di cd. trasferimento di cubatura», in *Corr. giur.*, 1996, 11, p. 1284; F. PATTI e F. RUSSO, «La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico», in *Vita not.*, 2001, p. 1675; G.B. PICCO e A.M. MAROCCO, «I cosiddetti "trasferimenti di cubatura"», in *Riv. not.*, 1974, p. 626; P. PITTER, «Limiti di volumetria e vincolo di in edificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)», in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 426; F. ROSELLI, «Nota a Cass. 4285/1981», in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 685; S. SCARLATELLI, «La cd. cessione di cubatura, problemi e prospettive», in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 287; R. TRIOLA, «La "cessione di cubatura":

Natura giuridica e regime fiscale», in *Riv. not.*, 1974, p. 115; P.L. TROJANI, «Tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali e cessione di cubatura Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale», in *Vita not.*, 1990, p. 285; V. VANGHETTI «Profili civilistici della cd. "cessione di cubatura"», in *Notariato*, 1996, p. 417; G. VIOTTI, «Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici», in *Vita not.*, 2001, p. 148, nota a Corte App. Ancona 19 giugno 1999.

Per le monografie in argomento si rinvia in epoca anteriore alla novella a G. CECCHERINI, *Il cd. trasferimento di cubatura*, Milano, 1985; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994; S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; G. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria, op. cit.*, p. 575 ed in epoca successiva alla novella A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012; B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013.

Per comodità di lettura si segnala che in tutti i richiami alle opere precedenti all'entrata in vigore del Testo Unico dell'Edilizia i richiami al permesso di costruire si intendono fatti dal rispettivo Autore alla licenza edilizia o alla concessione edilizia (salvo espresso riferimento in contrario).

Deve, poi, essere richiamato l'originale ed interessante contributo di A. FUSARO, *La determinazione convenzionale circa l'uso dei beni immobili nel diritto inglese e nel diritto italiano*, Genova, 2002, ricevuto per la consueta cortesia dell'Autore, per l'ampiezza di vedute e di spunti che contiene e la chiarezza espositiva.

Si rinvia per un inquadramento generale dal punto di vista urbanistico delle fattispecie urbanistiche in esame alle monografie di D. ANTONUCCI, *Manuale di diritto urbanistico*, Arzano, 2004; N. ASSINI, *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000, p. 148 e ss.; N. ASSINI - P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007; N. CENTOFANTI, *Le convenzioni edilizie*, Milano, 2002, p. 204 e ss.; N. CENTOFANTI, *Diritto a costruire pianificazione urbanistica espropriazione*, Milano, 2005; N. CENTOFANTI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2008; N. CENTOFANTI, *Il piano regolatore nella legislazione regionale*, Milano, 2010; N. CENTOFANTI - M. FAVAGROSSA - P. CENTOFANTI, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, Milano, 2012; G. D'ANGELO, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, Padova, 2006; A. LIBERATI, *Edilizia ed urbanistica*, Padova, 2011; P. MANTINI, *Le trasformazioni del diritto urbanistico*, Padova, 2012; E. MICELLI, *Perequazione urbanistica. Pubblico e privato per la trasformazione della città*, Marsilio, 2004; G.C. MENGOLI, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 2010 (al quale si rinvia per un efficace quadro di sintesi della materia sia pure anteriore

alla novella a p. 158); P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, 2012, seconda edizione (la prima edizione è del 2010; si segnala al proposito che tutte le citazioni vengono fatte alla seconda edizione dell'opera); P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Bollati Boringhieri, 2000; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Bollati Boringhieri 2011; AA.VV., *Urbanistica e perequazione*, a cura di S. Carbonara e C.M. Torre, Franco Angeli, 2008 (del quale si segnalano in specie i contributi sugli argomenti generali di S. CARBONARA, *Perequazione urbanistica: un progetto complesso*, p. 11; S. POMPEI, *Il lungo viaggio verso la perequazione urbanistica*, p. 27; S. STANGHELLINI, *Obiettivi, modelli e tecniche di perequazione urbanistica*, p. 56; P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, p. 77; e sulle esperienze regionali di F. FORTE e F. FORTE, *Esperienze perequative nella pianificazione urbanistica in Campania*, p. 96; F. SELICATO, *Legislazione regionale e perequazione urbanistica in Puglia*, p. 115 e sulle esperienze comunali G. GUADAGNO, *La perequazione territoriale nel Ptcp di Bologna*, p. 119; G. MARCHI, *Applicazioni perequative nel piano urbanistico di Cagliari*, p. 129; G. LAS CASAS, B. MURGANTE e P. PONTRANDOLFI, *Pianificazione perequativa e territorio extraurbano: il Piano delle campagne di Potenza*, p. 158; A. BARBANENTE e G. M. TORRE, *Il progetto pilota di comparto perequativo di Cozze*, p. 188 ed infine in ordine all'applicazione delle metodiche perequative alla materia agricola S. CARBONARA e V. FABIETTI, *Un approccio perequativo per le aree agricole*, p. 174); G. COLOMBO F. PAGANO M. ROSSETTI, *Manuale di urbanistica*, Milano, 2013.

In ordine alla riforma dell'edilizia dopo il 2010 si rinvia alla monografia di A. FIALE, *Il permesso di costruire dopo la legge 22 maggio 2010, n. 73*, Edizioni Simone, luglio 2010.

Si richiamano alcuni contributi del volume collettaneo a cura di A. GAMBARO e U. MORELLO, *Trattato di diritti reali*, vol. IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. Bellomia, G. Pagliari e M.A. Sandulli, Milano, 2012, ed in particolare: G. CIAGLIA, *La pianificazione territoriale*, p. 111; S. BELLOMIA, *Il piano urbanistico di Roma capitale e le speciali funzioni urbanistiche della Capitale*, p. 135; S. DE PAOLIS, *La pianificazione consensuale, premiale e per gli accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità urbanistica*, p. 345; G. FARRI, *Gli standard urbanistici*, p. 445; G. GRAZIOSI, *I programmi di riqualificazione urbana*, p. 653; G. SAPORITO, *L'edilizia sociale*, p. 719; R. INVERNIZZI, *Il Piano casa*, p. 737.

Per i notevoli spunti che offre anche in materia di diritti edificatori, si richiama la monografia di A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, A. Cicu, F. Messino e L. Mengoni, 2012.

In relazione al riparto in ordine alla competenza legislativa tra Stato e Regioni si rinvia specificamente al volume di A. LONGO, *Governo del territorio*, Milano, 2009. Su tale ultima questione dopo la Riforma del Titolo V della Costituzione M. BREGANZE, «Governo del territorio ed

enti locali», in *Riv. giur. urb.*, 2002, p. 596; S.A. FREGO LUPPI, «Il governo del territorio tra stato, regioni ed enti locali: aspetti problematici della legge lombarda (L.R. n.12 del 2005)», in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 57; P.L. PORTALURI, «Riflessioni sul "Governo del territorio" dopo la riforma del titolo V», in *Riv. giur. ed.*, 2002, p. 359; M. LUCIANI, «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia urbanistica e edilizia», in *Riv. giur. ed.*, 2009, p. 17. In tema di urbanistica e meccanismi perequativi, compensativi ed incentivanti: S. BELLOMIA, «Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio», in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 71; A. BORELLA, «La difficoltà di attuare la perequazione urbanistica (nota a margine della nuova legge urbanistica veneta)», in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 635; E. BOSCOLO, «Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (Il caso del Prg di Reggio Emilia)», in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 21; E. BOSCOLO, «Dalla zonizzazione alla perequazione», in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 5; E. BOSCOLO, «Una conferma urbanistica (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2003, 3, p. 823; E. BOSCOLO, «La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio 'a strati'», in *La nuova disciplina del paesaggio: commento alla riforma del 2008*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, p. 57; C. CANATO, «Esperienze di perequazione "sostenibile": modelli e strumenti a confronto», in *Riv. giur. urb.*, 2007, p. 426; L. CASINI, «Perequazione e compensazione del nuovo piano regolatore di Roma», in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 203; M. CHIERICHETTI, «Moduli consensuali nella concertazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2002, p. 281; G. CIAGLIA, «Della 'compensazione urbanistica' ovvero di come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga», in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 446; S. DE PAOLIS, «Pianificazione di dettaglio e perequazione», in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 527; A. GAMBARO, «Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori», in *Riv. giur. ed.*, 2010, 1, p. 3; R. GAROFOLI, «La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, in questa rivista, 2011, 3, p. 30; A. GATTO, «Il comparto edificatorio: da istituto emergenziale a strumento perequativo», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 1644; B. GRAZIOSI, «Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità», in *Riv. giur. ed.*, 2007, p. 149; A. MARI, «La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania», in *Riv. giur. ed.*, 2009, p. 125; G. MORBIDELLI, *Della perequazione*, introduzione a *Governo e mercato dei diritti edificatori*, a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Atti del Convegno Aidu di Perugia del 30 novembre 1997, Napoli, 2009; F. PAGANO, «Sulla pianificazione per accordi», in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 93; S. POMPEI, *Il piano regolatore perequativo*, Milano 1998;

G. SABBATO, «La perequazione urbanistica», in [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi); A. SAVATTERI, «La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione», in *Urb e app.*, 2013, 4, p. 377; P. STELLA RICHTER, «La perequazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 169; P. STELLA RICHTER, «Nuove norme per la perequazione urbanistica e la determinazione dell'indennità di esproprio. Proposta legislativa dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico», in *Riv. giur. ed.*, 2007, p. 418; P. URBANI, «I problemi giuridici della perequazione urbanistica», in *Riv. giur. urb.*, 2002, p. 587; P. URBANI, «Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici», in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 509; P. URBANI, «La perequazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 169; P. URBANI, «Pianificare per accordi», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 179; P. URBANI, «Governo del territorio e agricoltura. I rapporti», in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 117; P. URBANI, «Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione dei suoli», in *Urb e app.*, 2005, p. 905; P. URBANI, «La perequazione tra ipotesi riforma nazionale e leggi regionali relazione del 18 luglio 2008» (dattiloscritto) in [www.pausania.it/files/perequazione](http://www.pausania.it/files/perequazione); P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, (dattiloscritto) in *I rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale*, Atti del XI Convegno nazionale Aidu in Verona 10-11 ottobre 2008; P. URBANI, «Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa», in *Riv. giur. ed.*, 2009, p. 47; P. URBANI, «Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica», in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 29; P. URBANI, «La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali», in [www.pausania.it/files/perequazione](http://www.pausania.it/files/perequazione); P. URBANI, «La crisi della pianificazione urbanistica generale. Nodi e prospettive», Convegno di Barletta del 28 maggio 2010 (dattiloscritto); P. URBANI «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, cit., p. 8. Inoltre, in tema di diritti edificatori dal punto di vista civilistico a G. AMADIO la cui opinione espressa autorevolmente verbalmente in numerosi interventi dall'Autore è stata poi pubblicata nel volume collettaneo *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, cit., con il titolo «I diritti edificatori la prospettiva del civilista», p. 42; e di seguito a A. ALAMANNI, «Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori», in *Contr. impr.*, 2014, p. 653; A. BALLOTTIN, *Cubatura*, in *Formulario commentato degli atti notarili inter vivos*, a cura di F. Colletti e G. Cassano Maggioli editore, 2012 p.741; E. BERGAMO, «La cessione di diritti edificatori», in *Corr.*

mer., 2012 p.119; G. P. CIRILLO, «La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi», in *Riv. not.*, 2013, p. 601; M. GEOLIN, «Trascrivibile la cessione di cubatura», in *Studium iuris*, 2011, p. 1265; P. COLNAGHI, *Perequazione urbanistica*, relazione tenuta alla Giornata di studio organizzata a Como dal Collegio dei distretti Riuniti di Como e Lecco in data 8 aprile 2011 (i riferimenti son fatti al dattiloscritto); B. CRETELLA, «Trascrizione degli atti relativi a diritti edificatori (cd. cessione di cubatura o di volumetria)», in *Gazz. not.*, 2011, p. 481; F. D'ANGELO, «Riflessioni in tema di diritti edificatori: spunti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'istituto», in *Riv. giur. ed.*, 2014, p. 62; S. DE PAOLIS, «Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria», in *Riv. giur. ed.*, 2011, 5, p. 199; G.A. DI VITA, «Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella», in *Il Notaro*, 2011, p. 89 e ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, tomo 1, in *Trattato della trascrizione*, Torino, 2012, p. 205 e ss.; F. GAZZONI, «Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione», in *Giust. civ.*, 2012, p. 101; G. MARENA, «L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori», in *Riv. not.*, 2013, p. 893; U. MATTEI, *I diritti reali*, 2, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco Torino, 2015, p. 310 e ss.; A. M. MINERVA, «La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2-bis c.c.», in *Riv. not.*, 2013, 1, p. 102; G. PETRELLI, «Rassegna novità normative 1° semestre 2011», in [www.gaetanopetrelli.it](http://www.gaetanopetrelli.it); G. RIZZI, «I diritti edificatori/crediti edilizi: il loro riconoscimento e la loro circolazione (slides)» in [www.fondazione-notariato.it](http://www.fondazione-notariato.it); L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in Wikipedia; SAVATTIERI, «La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione», in *Urb e app.*, 2013, 4 p. 377; C. SIANO, «Circolazione dei diritti edificatori e trascrizione dei relativi atti», in *Imm. e propr.*, 2014, 8/9, p. 500; E. SMANIOTTO, «La cubatura e la trascrizione della cessione di cubatura», in *Imm. e propr.*, 2012, 6 p. 374; F. SUCCI, «La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643, n. 2-bis c.c.», in *Vita not.*, 2014, p. 1109; R. TRIOLA, *I diritti edificatori e la cd. cessione di cubatura, nell'opera collettanea diretta da G. Visintini, I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, Padova, 2013; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, terza edizione in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2012.

In ordine ai cd. crediti edilizi si rinvia a A. BARTOLINI, «Profili giuridici del cd. credito di volumetria», in *Riv. giur. urb.*, 2007, p. 302; M.M. FRAGANZANI, «Il Credito edilizio nella L.r. Veneto n. 11/04 Emissione di carta moneta relazione al convegno La perequazione urbanistica nella legislazione statale e regionale veneta», del 1-2 luglio 2005 in Cortina d'Ampezzo, in dattiloscritto; P. MARZARO GAMBA, «Credito edilizio compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta», in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 644;

P. URBANI «Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli», in *Urb. e app.*, 2006, p. 905.

In relazione all'adempimento di obbligazioni discendenti da convenzioni M. SOLLINI «Spunti di riflessione in punto all'adempimento di obblighi nascenti da convenzioni urbanistiche», in *Riv. giur. ed.*, 2007, p. 753.

Si richiama inoltre E. BOSCOLO, «Le perequazioni e le compensazioni», relazione pubblicata in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma, pubblicato in *Riv. giur. urb.*, 2010, p. 104; E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, cit., p. 57; A. BARTOLINI «I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)», (pubblicato anche in *Giust. amm.*, 2008, 4, p. 163); G. GUZZO, *La pianificazione urbanistica*, Milano, 2012; G. GUZZO G. PALLIGGIANO, *L'attività edilizia*, Milano, 2011; E. MICELLI, *La perequazione urbanistica in alcune esperienze di piani e progetti (slides)*, A. MUSIO, G. SABBATO G. SALITO, *Il piano casa*, Torino, 2011, p. 1 e ss.; A. QUAGLIA, «Gli strumenti di concertazione pubblico-privato nelle politiche di rinnovamento urbano», G. RIZZI, «I crediti edilizi: l'esperienza della legge regione Veneto n. 11 del 2004»; P. URBANI, «La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali», relazioni pubblicate tutte negli Atti del ricordato Convegno organizzato dalla società Paradigma nel mese di febbraio 2009 in Milano. I riferimenti ai contributi appena citati si intendono fatti alle pagine del rispettivo dattiloscritto pubblicato, ad eccezione del saggio di A. Bartolini, per il quale varranno i richiami al testo pubblicato in *Giustizia Amministrativa*.

Con riguardo ai numerosi interessi in gioco di rango costituzionale, S. SETTIS, *Paesaggio, costituzione, cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010 e con particolare riguardo alle relazioni tra la bolla immobiliare e il cd. Piano Casa.

Per i numerosi spunti che offre si richiama anche l'opera a cura di G. BONILINI e M. CONFORTINI, *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013 ed in particolare i contributi di M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti perequativi e compensativi*, p. 791 e di L. PASSERI, *Il Piano nazionale di edilizia abitativa e il piano casa*, p. 1654.

In relazione all'emersione pubblicitaria delle operazioni su cubatura si rinvia alla relazione tenuta al convegno di Arce del 27 settembre 2013 da B. BRIANTE, «La trascrizione degli atti di cessione di diritti edificatori», ricevuta in bozza cartacea per la cortesia dell'Autore.

In tema di lettura della fattispecie dal punto di vista fiscale l'importante contributo di F. RAPONI, «Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza*

di giungere all'indifferenza delle situazioni proprietarie rispetto agli effetti conformativi delle scelte discrezionali di allocazione delle diverse funzioni territoriali, redistribuendo tra i proprietari medesimi delle aree oggetto di trasformazione i vantaggi derivanti dalla realizzazione dell'edificato e gli oneri pubblici discendenti dalla urbanizzazione. Il potere conformativo della proprietà in capo alla pubblica amministrazione è peraltro affermato proprio dall'articolo 42 della Costituzione, nella parte in cui statuisce che «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e il renderla accessibile a tutti».

Si tratta della espressione del principio della giustizia redistributiva applicato alla pianificazione urbanistica, principio che ha costituito il vero motore della silenziosa rivoluzione tuttora in corso nella materia urbanistica diretta al superamento delle rigide tecniche dello *zoning*, che pure ha permesso un'ordinata distribuzione degli interessi pubblici e privati sul territorio e degli *standards* assistiti da un presidio di vincoli di natura preespropriativa, che conducono a generare una profonda (ed illegittima) discriminazione tra proprietari, in relazione alla capacità edificatoria potenziale identica di determinati immobili<sup>2</sup>, generando sempre maggiori oneri per le già esauste casse comunali nel tentativo di attenuare tali intollerabili differenze soggettive<sup>3</sup>.

L'obiettivo della tecnica perequativa è proprio ottenere l'indifferenza degli assetti proprietari rispetto alle scelte di pianificazione dell'amministrazione del territorio comunale<sup>4</sup>.

L'abbandono progressivo della zonizzazione importa, inoltre, - come è stato acutamente e plasticamente segnalato<sup>5</sup> - il passaggio da uno strumentario molto rigido che ricorda le "camere stagne" ad un sistema complesso di "vasi comunicanti" che permette non solo il riconoscimento dell'edificabilità virtuale ai titolari, ma anche la circolazione della capacità edificatoria sull'intero territorio astrattamente oggetto di trasformazione.

142 Sono destinati allora ad essere un residuo del passato "i proprietari sconfitti o premiati dal piano", in quanto il sistema urbanistico deve tendere sempre più a rimuovere le rendite di posizione o marginali, ricomponendo in modo effettivo gli interessi tra proprietari<sup>6</sup>, rendendo indifferenti i proprietari dinanzi alle scelte di pianificazione. È evidente, infatti, che la migliore allocazione delle risorse edificatorie presuppone la libera possibilità di circolazione della volumetria: solo in tal caso vi è spazio per un accordo efficiente che impieghi gli schemi tipici della permuta della compravendita o della dazione in pagamento per ottenere una migliore e più soddisfacente realizzazione degli interessi sul campo («Caia

delle contrattazioni, *cit.*, p.155, approfondito dall'Autore in occasione dello studio della imposizione diretta in *Plusvalenze immobiliari: aspetti notarili, op. cit.*, p. 850; nonché gli interventi di A. BUSANI, *L'imposta di registro*, Milano, 2009, p. 699; A. PISCHETOLA, «La circolazione di cubatura, crediti edilizi e diritti edificatori: profili fiscali», in *Il fisco*, 2011, 17, p. 2667; A. PISCHETOLA, «Utilizzo di volumetria perequativa e ipotesi di applicabilità delle agevolazioni *ex lege* n. 10 del 1977», in *Studi e materiali*, 2006, p. 556. In epoca anteriore alla riforma A. COSTA, «Ai "trasferimenti di cubatura" spettano i benefici di cui all'art. 14 della legge 2 luglio 1949, n. 408», in *Dir. prat. trib.*, 1982, II, p. 976.

Per un'interessante lettura della situazione tecnica progressiva, allo scopo di apprezzare la modulazione e la capacità di adeguamento alla concreta realtà sociale dei nuovi strumenti si rinvia a F. SALVIA e F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 1986.

<sup>2</sup> P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in

materia di governo del territorio ...», *cit.* p. 9 segnala che con la sentenza della Corte Costituzionale n. 348 del 2007 ossequiosa dei principi espressi dalla giurisprudenza della Cedu l'indennizzo pre-espropriativo va rapportato al valore venale del bene. La legge finanziaria per il 2008 (legge n. 247 del 2007) ha stabilito al proposito che l'indennità di espropriazione deve essere appunto rapportata al valore venale del bene (art. 2 commi 89 e 90), con una riduzione del 25% quando l'intervento è diretto ad attuare interventi di rilievo economico sociale. Sulla questione anche G.C. MENGOLI, *op. cit.*, p. 137.

<sup>3</sup> Rileva P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», *cit.*, p. 9 che ormai il peso degli indennizzi espropriativi è proibitivo.

<sup>4</sup> R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 30.

<sup>5</sup> P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», *cit.*, p. 11.

<sup>6</sup> P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», *cit.*, p. 11.

acquisterà da Tizio la cubatura che Tizio non utilizzerebbe o permuterà con Tizio cubatura contro metratura»<sup>7</sup>).

Le esigenze di sviluppo e, talora, anche di riqualificazione più o meno intensa del territorio richiedono, allora, oggi l'adozione di nuove metodiche più rispettose dell'assetto di interessi sostanziali alla cui soddisfazione queste ultime sono rivolte, che coniughino la ricerca di un minor esborso monetario con la difficoltà di non dissipare la moneta territoriale, generando meccanismi inflattivi.

Accanto a tali interessi, il ricorso allo strumento perequativo permette, nelle aree di trasformazione o di riqualificazione urbana, in occasione dell'edificazione «di assicurare adeguate dotazioni territoriali e di prevedere al loro interno la *mixité* delle funzioni»<sup>8</sup>.

La distribuzione del plusvalore fondiario per effetto delle scelte perequative dell'amministrazione comunale consente, allora, di tentare di riequilibrare il costo sociale della trasformazione medesima, indipendentemente dalle destinazioni d'uso, coniugando tali esigenze con il principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.<sup>9</sup>: non vi è contraddizione alcuna, in tale prospettiva, tra le esigenze pubbliche che trova espressione nelle nuove metodiche di pianificazione e gli interessi dei privati coinvolti nell'accordo<sup>10</sup>.

L'innesto poi di meccanismi compensativi nelle metodiche di stampo perequativo permette di ottenere la soddisfazione di una congerie di interessi, che altrimenti godrebbero solo di una parziale tutela<sup>11</sup>.

In tal modo si ottiene, come già evidenziato, accanto all'eliminazione in radice del vincolo espropriativo nel processo di urbanizzazione delle aree urbane, anche la realizzazione a carico dei proprietari delle opere di urbanizzazione previste e la cessione gratuita delle aree necessarie, coniugando la salvaguardia dell'interesse pubblico alla realizzazione delle opere con l'interesse privato ad ottenere un ristoro serio del sacrificio subito.

A ciò possono affiancarsi sia l'affermarsi della *mixité* in luogo della rigidità funzionale delle zone<sup>12</sup> sia il superamento dei limiti degli oneri concessori a favore di una maggiore solidarietà dei proprietari verso la città pubblica, in uno con la espressione della necessità della riconformazione dei piani urbanistici pregressi in chiave perequativo-compensativa soprattutto nelle ipotesi nelle quali le leve conformative strutturate su metodiche superate appaiano inadeguate<sup>13</sup>.

La difficoltà applicativa delle nuove metodiche discende proprio dalla complessità dell'oggetto dell'intervento urbanistico. L'auspicato *accorciamento della filiera del diritto amministrativo*<sup>14</sup> frutto di una legislazione meno complessa, permetterebbe di coniugare la semplificazione con una «maggiore efficienza e semplicità delle decisioni»<sup>15</sup>.

<sup>7</sup> Gli esempi sono tratti da U. MATTEI, *op. cit.*, p. 311, secondo il quale l'assenza della possibile libera circolazione dei diritti edificatori significherebbe comunque determinare uno spreco di risorse in quanto le parti potrebbero in primo luogo non trovare l'accordo oppure dover ricorrere ad operazioni giuridiche complesse (ad esempio, costituire una comunione e poi disciplinarne contrattualmente l'uso).

<sup>8</sup> L'espressione è di P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», *cit.*, p. 9.

<sup>9</sup> G. COLOMBO - F. PAGANO - M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 394.

<sup>10</sup> U. MATTEI, *op. cit.*, p. 312.

<sup>11</sup> Secondo P. MANTINI, *op. cit.*, p. 3, va immaginata una revisione della sistemazione concettuale alla luce dei seguenti criteri: a) nell'ambito dei piani e degli interessi di settore va fatta preliminarmente una fondamentale

distinzione tra gli interessi differenziati considerati sempre prevalenti dall'ordinamento (destinati alla conservazione dei valori insiti nell'oggetto) e gli interessi anch'essi di settore da coordinare e non sovrapporre alla pianificazione urbanistica; b) la risoluzione delle antinomie e dei conflitti è svolta con riguardo all'interesse differenziato che prevale, indipendentemente dalla sua successiva specificità maggiore o minore.

<sup>12</sup> R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 31.

<sup>13</sup> In questo senso, E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 62.

<sup>14</sup> P. MANTINI, *op. cit.*, p. 12, il quale osserva che la gerarchia degli interessi non può più essere scritta nei piani ma va ricercata altrove con altri occhi ed aggiunge *legal pluralism is in the fact. Legal centralism is myth, an ideal, a claim, an illusion*, mutuando l'espressione di J. Griffiths.

<sup>15</sup> P. MANTINI, *op. cit.*, p. 12.

Il territorio, è stato osservato<sup>16</sup>, è, infatti, una risorsa tipicamente di natura multidimensionale, in quanto accanto ai tessuti urbani consolidati, per i quali rileva «il valore d'uso per i proprietari e per gli utilizzatori urbani, e rispetto ai quali occorre regolare le trasformazioni (con un *favor* per il riuso e la ricucitura degli spazi interstiziali) con il fine della massima efficienza dei sistemi urbani», vi sono «gli areali agro-naturali», che manifestano «valenze ecologiche e di unità di paesaggio», da preservare «secondo le logiche ed i principi propri del diritto ambientale»<sup>17</sup> anche sulla base di indicazioni provenienti dalla normazione di rango comunitario<sup>18</sup>; ed il rischio evidente di un tale assetto è che l'analisi di siffatti elementi non si coniughi purtroppo in alcun modo con la logica eccessivamente semplificatoria di alcune scelte di stampo perequativo<sup>19</sup> proprio per la molteplicità degli interessi dei quali le scelte pianificatorie sono certamente espressione e nel contempo strumento di salvaguardia. Per converso anche la eccessiva complessità dei piani ne costituisce un limite<sup>20</sup>: a tacer del linguaggio tecnico, spesso di difficile comprensione al di fuori della ristretta cerchia degli addetti ai lavori<sup>21</sup>, anche le metodiche impiegate man mano che i piani acquistano un maggior grado di difficoltà, divengono meno limpide e chiare; si pensi al passaggio dalle perequazioni endoambito<sup>22</sup> che solo astrattamente appaiono tecniche semplici, ad ipotesi nelle quali aumentano numericamente i soggetti coinvolti sino ad immaginare meccanismi nei quali ricorrano strumenti non omogenei tra di loro e nei quali è previsto addirittura l'«atterraggio» dei diritti edificatori provenienti da aree esterne agli ambiti perequati. Sino a giungere alle fattispecie delineate nei piani a perequazione diffusa, nei quali alla grande parcellizzazione delle aree interessate ed al conseguente gran numero dei soggetti che ne sono titolari coinvolti, fa da contrappunto la difficoltà di individuare strumenti convenzionali<sup>23</sup> che realizzino in uno con gli interessi pubblici sottesi anche le esigenze delle parti coinvolte. Le soluzioni pratiche da adottare richiedono, allora, una loro piena valutabilità ed un'ampia sindacabilità<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione...», *cit.*, p. 61.

<sup>17</sup> Le espressioni sono di E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione...», *cit.*, p. 61, secondo il quale i principi da rispettare che costituiscono dati essenziali della pianificazione urbanistica perequativo compensativa sono «la responsabilità intergenerazionale, l'affievolimento della dimensione dominicale e micro-particellare ed il riconoscimento che il suolo ha natura di bene comune, in quanto garantisce servizi a fruizione indivisa».

<sup>18</sup> Sono un utile riferimento, al riguardo, la Carta Urbana Europea 'Manifesto per una nuova urbanità', approvata dal Consiglio d'Europa il 27 maggio 2009, nella quale la relazione inscindibile «tra le dotazioni territoriali e le politiche dell'inclusione», introduce nella dimensione urbana un elemento essenziale per la realizzazione della *coesione sociale*; ed ancora nella direttiva 2001/42/Ce in tema di Vas, può essere rinvenuta l'indicazione della necessità di politiche attive per gli spazi aperti salvaguardati soprattutto dalle metodiche di tipo perequativo-compensative e della esigenza di limitare le previsioni incrementali in vista di una efficiente allocazione delle risorse, al pari dei continui richiami della Cedu al rispetto al contenuto del diritto di proprietà (in specie con riguardo alla determinazione dell'indennità di esproprio).

<sup>19</sup> E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione...», *cit.*, p. 62 lamenta che scelte egalarie troppo semplicistiche quale l'idea dell'indice unico nascondono

in realtà autentici arbitri espressione di scelte senz'altro esclusivamente ideologiche. Aggiunge al proposito che «il caso Milano sembra in tal senso decisamente emblematico»: si assiste in particolare all'eccessiva enfasi delle *performance* di questi piani che un attento monitoraggio invece rivelerebbe essere strumenti meno efficienti. Un tale esame, continua l'Autore sarebbe «doveroso, anche in chiave autocorrettiva» e farebbe emergere che sovente proprio «nei piani con perequazione diffusa, la formazione 'a mosaico' della città pubblica prosegue a rilento, con tempi non compatibili con le esigenze di flessibilità dell'urbanistica moderna».

<sup>20</sup> E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione...», *cit.*, p.63 afferma che siffatti piani hanno sovente un'attitudine «a generare *compliance costs* in capo ai proprietari che siano interessati a conformarsi agli scenari di valorizzazione immobiliare prefigurati» dallo strumento urbanistico.

<sup>21</sup> Il richiamo è non solo all'impiego di termini di lingua inglese o tedesca, ma anche al ricorso a parole di significato non comune quali, solo in via meramente esemplificativa, fondi sorgente; 'fondi accipienti'; 'atterraggi', 'voli'.

<sup>22</sup> Si noti che tali tecniche astrattamente più semplici sono in concreto già complesse nella loro lettura.

<sup>23</sup> Il richiamo è allo strumentario parabolistico al quale si è fatto riferimento in alcune aree del Paese.

<sup>24</sup> In questo senso, E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione...», *cit.*, p. 62.

Se, dunque, da un punto di vista teorico, l'eguaglianza sostanziale tra proprietari (e la rimozione degli ostacoli che la impediscono) è l'obiettivo delle nuove metodiche, in concreto, la sua realizzazione appare di difficoltosa attuazione non solo perché il territorio è articolato in modo complesso (dal punto di vista orografico e di distribuzione degli insediamenti umani), ma anche perché numerosi ed eterogenei sono gli interessi in campo (residenziali, produttivi, industriali, artigiani, turistici, agricoli, in via meramente esemplificativa).

Residua, insomma, una "dose di diseguaglianza" che è insita nella definizione della pianificazione urbanistica<sup>25</sup> e che sarà tanto maggiore quanto minore sarà il grado di attuazione della metodica perequativa adottata<sup>26</sup>: le tecniche di perequazione attenuano, allora, le diseconomie distributive della capacità di edificazione, mitigando le discriminazioni, ma non le annullano completamente.

Vi è però in una tale prospettiva un effetto per così dire indiretto che non può essere taciuto. La creazione di diritti edificatori, espressione della misura dell'esercizio dello *ius aedificandi*, separabili dal fondo di decollo e circolanti in modo autonomo, incide inevitabilmente sul diritto di proprietà, il cui contenuto minimo è appunto costituito proprio dalla capacità edificatoria che promana da un certo lotto. La separazione della volumetria dall'area dalla quale discende modifica allora lo statuto proprietario. Ed una tale incisione può avvenire solo per effetto di una norma di legge statale o come accade nelle nuove metodiche (perequative, compensative o incentivanti) mediante un atto di disposizione volontario di colui che ne è titolare e che costituisce evidentemente una concreta prerogativa del *dominus*.

Ecco perché allora lo svuotamento del diritto dominicale per effetto della separazione dal lotto di decollo dei diritti edificatori non importa la illegittimità costituzionale degli strumenti che lo introducono e lo regolano<sup>27</sup>.

## La pluralità di specie di diritti edificatori e l'esigenza di una loro tipizzazione

145

Le tipologie di diritti edificatori non possono essere accomunate in unica specie, pur appartenendo al medesimo genere<sup>28</sup>.

Essi possono trarre origine da vicende riconducibili negli alvei delle metodiche perequative, compensative, incentivanti o semplicemente rientrare nell'ambito di semplici operazioni di micro pianificazione privata.

È stato però osservato che i legislatori regionali non hanno di frequente tenuto in considerazione le tra le diverse metodiche urbanistiche, generando una notevole incertezza terminologica e concettuale. In particolare, se da un punto di vista astratto, le tecniche sono perfettamente distinte ed individuabili, in concreto le soluzioni accolte non appaiono sovente essere ispirate dalla chiarezza.

È evidente poi che la natura peculiare di un certo diritto edificatorio è del tutto indipendente dalle regole circolatorie adottate. Eventuali titoli volumetrici risentiranno così della metodica di volta in volta adottata.

I dubbi in ordine alla qualificazione del diritto edificatorio si possono verificare soprattutto in occasione

<sup>25</sup> Sul punto diffusamente, P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», *cit.* p. 11; E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 62.

<sup>26</sup> Sottolinea E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 63 che «solo dall'attuazione integrale del piano perequativo può derivare il perseguimento degli obiettivi di utilità collettiva che si riconnettono al dispiegamento delle potenzialità

insediative (risultati non raggiungibili mercé l'attuazione soltanto di alcune di tali previsioni: quelle di maggior interesse economico o connotate da maggior facilità di attuazione)».

<sup>27</sup> S. DE PAOLIS, «Riflessioni in tema di trasferimenti ...», *cit.*, p. 209.

<sup>28</sup> Per un efficace quadro di sintesi della materia dei diritti edificatori si rinvia a G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, *cit.* p. 158.

delle tecniche perequative e compensative. Va, infatti, al proposito ricordato che tali fattispecie non sono tra di loro fungibili, salva peculiare previsione delle norme che li conformano<sup>29</sup>.

Possono essere individuate, da un punto di vista teorico tre differenze essenziali.

1) Le due tipologie differiscono, innanzi tutto, dal punto di vista teleologico in relazione alle finalità alle quali sono destinate<sup>30</sup>.

Ai diritti edificatori di fonte perequativa ricorre l'amministrazione comunale per l'allocazione delle dotazioni volumetriche per consentire ai proprietari di concorrere comunque alla distribuzione dei benefici economici indotti dal piano allo scopo di realizzare l'eguaglianza sostanziale di cui all'art.3 della Costituzione. Tali diritti edificatori di origine perequativa generati dal fondo, non possono essere spesi sul fondo. La redistribuzione di tali diritti permetterà poi di "spalmare" le differenze derivanti dal diverso statuto edificatorio dei suoli.

I diritti edificatori di fonte compensativa hanno, invece, funzione squisitamente indennitaria, in quanto sono rivolti allo scopo di ristorare i proprietari di specifici fondi degli obblighi di dare o di *facere* imposti su di loro e da loro adempiuti. Hanno, insomma, la funzione di riequilibrare la lesione subita dal titolare del diritto reale sul fondo colpito dai vincoli pre-espropriativi o gravato da obblighi di riqualificazione, sia pure non immediatamente, ma in un tempo differito o attraverso la cessione onerosa a terzi del diritto edificatorio così generato o attraverso la sua utilizzazione diretta su un fondo<sup>31</sup>.

2) I diritti edificatori di specie perequativa e compensativa hanno poi una fonte diversa l'uno dall'altro.

I primi sono assegnati direttamente dal piano e possono formare oggetto di scambio dal momento della approvazione del piano dal quale discendono in modo diretto. I secondi pur rinvenendo nel piano la regola determinatrice della loro misura quantitativa verranno assegnati al soggetto proprietario del fondo vincolato o gravato da obblighi di *facere* solo rispettivamente all'esito della concreta cessione del fondo o dell'esatto adempimento dell'obbligazione di riqualificazione paesaggistico-ambientale. A differenza dei primi di fonte perequativa, tali diritti edificatori compensativi potranno essere scambiati solo dopo la loro generazione, per effetto della condotta tenuta dall'accipiente<sup>32</sup>.

3) Le due diverse tipologie di diritti edificatori sono, poi, diversamente esposte all'esercizio del potere pianificatorio da parte dell'amministrazione. Se i diritti edificatori perequativi sono sempre immanentemente sottoposti al potere di ritiro da parte dell'amministrazione<sup>33</sup>, ciò non accade per i diritti di stampo compensativo, generati da una prestazione che il privato ha già assolto<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, cit., p. 159 afferma che i diritti edificatori residenziali o produttivi o diversamente qualificati possono avere un'utilizzazione solo conforme con siffatta loro qualità.

<sup>30</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», cit., p. 71 il quale definisce tale differenza "diversità teleologico-causale".

<sup>31</sup> Rileva acutamente E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», cit., p. 71 che «il sintagma 'credito compensativo' esprime quindi con pregnanza i tratti di un sequenza entro la quale il proprietario che adempie ad una obbligazione urbanistica ottiene il ristoro non mediante una contestuale controprestazione da parte dell'amministrazione (come accadrebbe in caso di immediata liquidazione di una indennità in numerario o come accade quando al privato viene assegnata in permuta un'altra area), bensì tramite l'assegnazione di un titolo che garantisce a tale soggetto un soddisfacimento differito, conseguente ad un'altra vicenda giuridica di circolazione del suddetto titolo. Anche in questo

caso è una redistribuzione privata a garantire il controvalore dell'obbligazione urbanistica adempiuta e l'amministrazione risparmia il costo dell'indennizzo».

<sup>32</sup> Non può essere aprioristicamente esclusa durante il procedimento (espropriativo o di riqualificazione) e prima della concreta cessione del fondo o dell'esatto adempimento dell'obbligazione di riqualificazione paesaggistico-ambientale la possibilità di una cessione degli insorgenti diritti edificatori. Qualora essi vengano qualificati quali beni, si applicherà la disciplina prevista dall'ordinamento per la circolazione dei beni futuri.

<sup>33</sup> Segnala E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», cit., p. 71 che fa eccezione il caso in cui il comune - alla stregua di un autolimito - non dichiara di voler tenere ferma tale attribuzione per un certo numero di anni, magari già preannunciando il dissolvimento progressivo dei diritti decorso tale periodo di stabilità garantita.

<sup>34</sup> Si tratta appunto della cessione della propria area o della riqualificazione del proprio manufatto.

L'attuale testo del n. 2-bis dell'art. 2643 c.c. concerne infatti i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale<sup>35</sup>. Gli atti aventi ad oggetto la costituzione, il trasferimento o la modificazione dei diritti edificatori, quale sia il loro *nomen iuris* devono essere trascritti.

La norma si limita, insomma, a delineare quali siano gli atti aventi ad oggetto diritti edificatori che devono essere trascritti, senza nulla aggiungere in ordine alle diverse tipologie di essi.

Si tratta, infatti, di ipotesi aventi una diversa fonte (non solo legislativa statale o regionale, ma spesso, semplicemente derivante da norme comunali di piano), alla quale è necessario fare un immediato riferimento per potere regolare al meglio contrattualmente i rapporti tra le parti e conseguentemente tra costoro e la pubblica amministrazione, limitando i rischi di un contenzioso che potrebbero discendere dalla difettosa qualificazione della fattispecie.

Vengono *quoad effectum* in definitiva accomunate ipotesi diverse in ordine alla fonte dalla quale promanano; vanno trascritti infatti i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale; in sede di conversione del decreto legge è stato soppresso l'inciso «nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

Mancava nel testo originario del decreto il riferimento alle normative statali nella indicazione della disposizione oggi vigente, introdotto in sede di conversione; è evidente però che ben la norma avrebbe potuto essere completa anche se il tenore di essa fosse stato semplicemente «vanno trascritti infatti i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati».

In senso inverso, del tutto ultroneo appariva il riferimento alle convenzioni urbanistiche, che difficilmente costituiscono la fonte prima dalla quale i diritti edificatori promanano. Più corretto sarebbe stato il riferimento agli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale.

Del tutto condivisibile appare, allora, la soluzione normativa adottata.

La disposizione aveva riguardo alla trascrizione dei contratti traslativi dei diritti edificatori, ma tralasciava qualsiasi riferimento alle fattispecie modificative e costitutive degli stessi.

A prima lettura avrebbe potuto sembrare una svista del legislatore. Può invece esprimersi una considerazione di segno opposto.

Ebbene, certamente con riguardo alle prime fattispecie può agevolmente sostenersi che la modificazione operata dalla pubblica Amministrazione del contenuto del diritto edificatorio come conformato in origine dalla fonte dalla quale promana, è frutto dell'azione esclusiva dell'attività urbanistica comunale, non potendo in alcun modo su di esso incidere la condotta delle parti.

Di tale evenienza se ne dovrà tenere conto nella modulazione delle garanzie contrattuali allo scopo di predeterminare il reale impatto di tali alterazioni sul rapporto sinallagmatico.

È stato osservato prima che la distinzione nella qualificazione della fattispecie tra diritto soggettivo (nei rapporti tra le parti, atteggiato a sua volta nei termini richiesti da ciascuna fattispecie) ed interesse legittimo (nei riguardi della pubblica Amministrazione), permette, allora, di realizzare anche lo scopo di porre accanto al chiaro richiamo allo strumentario del contrattualista nella predisposizione dell'atto negoziale, che curerà l'emersione dei profili di realtà<sup>36</sup>, il riferimento evidente ai meccanismi di salvaguardia specifici della situazione giuridica lesa nei confronti dell'ente pubblico.

<sup>35</sup> Si riporta per comodità di lettura il testo contenuto nel D.l. prima della conversione «2-bis) i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

<sup>36</sup> L'inquadramento della fattispecie di volta in

volta all'esame dell'interprete in termini di realtà o obbligatorietà non è scevra di effetti; sulla questione diffusamente A. GUARNIERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, p. 54 e ss.; in particolare, senza pretese di esaustività, nelle due ipotesi mutano le regole di circolazione, le tecniche di rinuncia al diritto, le ipotesi di estinzione (confusione per i diritti

In tale luce, qualsiasi variazione contenutistica dei diritti edificatori, qualunque ne sia la loro origine, non deve trovare emersione necessaria dai registri immobiliari, avendo una colorazione squisitamente urbanistica.

Ciò che rileva dal punto di vista della pubblicità immobiliare sono evidentemente le vicende concernenti il trasferimento di siffatti beni e non i provvedimenti amministrativi che li conformano, pur potendo questi ultimi trovare fondamento nell'accesso al sistema pubblicitario per il generale riferimento normativo contenuto nell'art. 2645 c.c.<sup>37</sup>

Le vicende che riguardano i permessi di costruire, dal rilascio all'eventuale ritiro in autotutela all'annullamento non devono avere emersione pubblicitaria presso i registri dell'Agenzia delle entrate, sezione territorio, ma solo evidentemente le vicende descritte nell'art. 2643 c.c.

Allo stesso modo, nessun rilievo pubblicitario devono avere le vicende inerenti il contenuto del diritto edificatorio. In questo senso, allora la vicenda estrema dell'estinzione del diritto edificatorio per effetto di successivi provvedimenti amministrativi non ha nessun rilievo pubblicitario, pur avendo grande rilevanza urbanistica e contrattuale in relazione alla caducazione del contratto stesso.

Del pari, per le stesse ragioni nessun rilievo pubblicitario è necessario che abbia l'evento costitutivo del diritto edificatorio qualificabile in termini di provvedimento amministrativo, pur potendo in tal caso proprio in virtù del ricordato riferimento all'art. 2645 c.c. anche tale ipotesi trovare emersione pubblicitaria con valenza appunto di mera pubblicità notizia.

Alcune di tali questioni trovano espressione nell'emendamento n. 5.47<sup>38</sup> (primo firmatario Morassut) che proponeva un nuovo testo dell'art. 2643, n. 2-bis c.c. del seguente letterale tenore: «vanno trascritti infatti i contratti che trasferiscono costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali o da strumenti di pianificazione territoriale» ed un art. 2645-*quater* c.c. in virtù del quale si imponga la trascrizione degli atti anche unilaterali aventi ad oggetto «beni immobili (siano essi convenzioni o contratti) con i quali vengono costituiti a favore dello Stato delle Regioni o degli altri enti pubblici territoriali ovvero degli enti svolgenti un servizio di interesse pubblico vincoli di uso pubblico e comunque ogni altro vincolo a qualsiasi altro fine richiesto dalle normative statali e regionali, dagli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

148

Tale ultima disposizione proposta chiariva i limiti dell'impiego dell'atto di destinazione in materia urbanistica, che numerose critiche ha trovato, soprattutto in considerazione della presenza di un termine novantennale di efficacia del vincolo.

## Il volo e l'atterraggio dei diritti edificatori

Le diverse conformazioni delle prassi adottate nelle singole regioni dai diversi comuni delle ipotesi di perequazione, di compensazione e di incentivazione hanno quale effetto immediato una concreta ricaduta in ordine alla modulazione delle regole di circolazione dei diritti edificatori<sup>39</sup>.

Possono essere, in concreto, individuate tre fasi nella circolazione della cubatura.

In primo luogo, il decollo che afferisce il tempo, successivo naturalmente alla loro origine, del distacco dei diritti edificatori dall'area di pertinenza.

di credito e consolidazione per i diritti reali) le regole di protezione sul piano della tutela aquiliana e sul piano possessorio, ed infine le regole processuali. È, poi, discusso se l'atto emulativo, l'abuso del diritto, la funzione sociale e le regole di correttezza siano indistintamente applicabili ad ambedue le categorie.

<sup>37</sup> G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. di dir.*

*civ. it.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 89.

<sup>38</sup> Il riferimento è al testo delle commissioni riunite V (Bilancio, tesoro e programmazione) e VI (Finanze) alla data del 7 giugno 2011.

<sup>39</sup> S. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 71; A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 664.

(7)

La fase del volo è, per così dire, intermedia ed attiene alla circolazione dei diritti edificatori immediatamente dopo il decollo ma anteriormente al concreto sfruttamento edificatorio degli stessi. In tale fase, non è previsto, nella generalità dei casi, né un limite soggettivo in relazione alla qualità dell'acquirente, né numerico dei passaggi traslativi della cubatura, ben potendo ipotizzarsi una pluralità di trasferimenti da un soggetto ad un altro<sup>40</sup>. Una tale ricostruzione è possibile solo ove si abbandonino evidentemente impostazioni teoriche che richiamano posizioni giuridiche obbligatorie o condizionate, che non appaiono in linea con la ricostruzione teorico pratica della fattispecie<sup>41</sup>: i negozi aventi ad oggetto i diritti edificatori sono di per sé già perfetti da un punto di vista giuridico indipendentemente dal rilascio del titolo abilitativo, come è palese nell'ipotesi di un loro acquisto prima ancora di avere individuato le aree di atterraggio.

È, in tale luce, evidente il ruolo del Comune in una siffatta indagine svolge, ruolo a sua volta temporalmente successivo alla fase del trasferimento dei diritti edificatori tra privati e precisamente da attuarsi proprio nel momento in cui l'avente causa decide di far atterrare la propria volumetria nell'area di atterraggio individuata: sarà, infatti, il titolare contemporaneo del fondo di destinazione e delle cubature chiamato ad attivare il procedimento amministrativo diretto al rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'articolo 20 del testo unico dell'Edilizia. Pertanto, oggetto degli atti traslativi che intervengono tra i privati, sono diritti assoluti che hanno ad oggetto a loro volta il bene diritti edificatori; resta invece qualificabile come interesse legittimo la posizione dell'acquirente che intende richiedere alla pubblica amministrazione il permesso di costruire maggiorato, ogniqualvolta le condizioni legislative e urbanistiche lo consentano<sup>42</sup>.

Come è stato in precedenza osservato, non muta in ipotesi di cessione in volo dei diritti edificatori, la loro natura giuridica. La circolazione di questi ultimi, infatti, in tale fase, opera mediante una sorta di frattura del legame genetico con il fondo che li ha originati<sup>43</sup> e non richiede neppure la titolarità di un'area sulla quale programmare il loro atterraggio<sup>44</sup>.

Non sempre però la fase del volo presuppone un'origine spaziale.

I diritti edificatori possono, infatti, svolgere anche una funzione di finanziamento del Comune che li genera, proprio ad un tal fine, a prescindere da un qualsiasi collegamento con un qualsivoglia terreno di partenza. Il volo, in questo caso, prescinde addirittura da un decollo e viene anche impiegato dall'amministrazione come speciale strumento di scambio per soddisfare il sacrificio sopportato da un privato nella tenuta di un particolare comportamento o di una particolare condotta, giungendo al caso, neppure del tutto eccezionale nelle previsioni di piano diffuse sul territorio, in cui i diritti di edificazione generati per autoipoiesi, sono venduti dietro pagamento di un corrispettivo in danaro (cd. contributo straordinario)<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> In questo senso, F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 80. Secondo l'Autrice se l'oggetto del diritto è un bene, appare difficile negare invece che esso sia un diritto assoluto suscettibile di formare a sua volta oggetto di una pluralità di trasferimenti consecutivi da un privato all'altro.

<sup>41</sup> F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 80, la quale richiama la possibilità di applicare l'art. 1470 c.c. Qualora al contrario si reputasse che il provvedimento comunale determini effettivamente il trasferimento del diritto, i negozi tra privati che li abbiano ad oggetto sarebbero in realtà privi di qualsiasi efficacia traslativa ad eccezione dell'ultimo che sarebbe l'unico in grado di legare l'efficacia traslativa all'incremento della capacità edificatoria.

<sup>42</sup> F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>43</sup> F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 72.

<sup>44</sup> A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 664.

<sup>45</sup> F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 72 il quale segnala che una siffatta pratica appare di dubbia costituzionalità in quanto attribuisce al comune un potere, concessorio che richiederebbe una legge che espressamente lo preveda. R. GAROFOLI, *op. cit.* p. 37 ricorda la questione posta all'attenzione della giurisprudenza amministrativa in relazione al Prg di Roma ed in particolare le due pronunce del Tar del Lazio (n. 1524 e n. 2383 del 2010) che hanno imposto una particolare prudenza nel ricorso alle metodiche perequative e compensative. In particolare, il contributo straordinario integrerebbe un'imposizione patrimoniale, seppur di natura non tributaria, in aperto contrasto con la riserva di legge ex art. 23 Cost. L'art. 14 comma 16 lettera f) del D.l. 78 del 2010 ha introdotto la possibilità per il comune di Roma di introdurre un contributo straordinario sulle valorizzazioni immobiliari

3) Resta, infine, la fase per così dire finale della circolazione della volumetria nella quale l'acquisto dei diritti edificatori viene impiegato per consentire l'incremento della capacità volumetrica di un fondo diverso rispetto quello che gli aveva in origine generati; un tale momento viene comunemente definito da un punto di vista tecnico come "atterraggio".

Non basta, insomma, essere titolari dei diritti edificatori per costruire, ma è necessario altresì che la volumetria atterri in un'area<sup>46</sup>.

La determinazione del luogo di atterraggio dei diritti edificatori deve essere predeterminata in ogni caso dagli strumenti urbanistici.

Non esistono, neppure su tale punto, regole che abbiano sul territorio nazionale il pregio della omogeneità. Può essere, infatti, disposto in occasione della loro adozione ed approvazione che i diritti edificatori possano circolare all'interno di un comparto<sup>47</sup>, o ancora tra comparti contigui o addirittura tra comparti non contigui, sino a giungere perfino, laddove sia stato introdotto un piano di tipo intercomunale a circolare anche tra territori comunali appartenenti a diversi comuni.

A differenza dei piani tradizionali la metodica perequativa deve funzionare in modo libero nel rispetto di regole prefissate per essere efficiente; se nel primo caso, è l'amministrazione comunale a realizzare la Città pubblica gestendo l'attuazione dell'intera filiera del processo attuativo, nei nuovi Piani l'Amministrazione pubblica comunale stabilisce gli obiettivi e predispone i meccanismi attuativi, lasciando ai privati il compito di realizzare il processo trasformativo attuando le regole fissate *ex ante* in base alle leggi di mercato<sup>48</sup>. Si tratta, insomma, di applicare alla circolazione dei diritti edificatori ed alla realizzazione degli interessi pubblici principi di tipo squisitamente economico.

L'acquirente dei diritti edificatori può aggiungere la cubatura acquistata alla cubatura di cui egli è già titolare in virtù della proprietà di un lotto che la sviluppa o per averla acquistata a sua volta da terzi.

Tale intera volumetria potrà essere fatta atterrare in tutto o in parte su una determinata area al fine dello sviluppo edificatorio; tale atterraggio non ha però il crisma della definitività: l'atterraggio

generate da modifiche dello strumento urbanistico. L'effetto evidente è stata la sanatoria delle previsioni di piano *sub iudice*. Sul punto, P. MANTINI, *op. cit.*, p. 31 e ss. La pronuncia del Consiglio di Stato del 13 luglio 2010, n. 4545 (pubblicata in *Riv. giur. ed.*, 2010, 5, p. 541, *cit.* ed in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, p. 964), ha, invece, affermato la legittimità dell'operato del Comune di Roma in quanto «da un lato, la potestà conformativa del territorio di cui l'Amministrazione è titolare nell'esercizio della propria attività di pianificazione; dall'altro, la possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse».

<sup>46</sup> F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 75, afferma l'edificabilità in concreto «dipende dall'unione di due beni distinti, il terreno e il *quantum* di trasformazione urbanistica realizzabile su di un dato suolo le disposizioni di legge e di piano».

<sup>47</sup> La modalità della circolazione dei diritti edificatori all'interno di un unico comparto è la fattispecie più semplice che è dato rinvenire nella prassi; è una modalità fondata su pratiche in certo qual modo assimilabili alla lottizzazione; la differenza consiste nel fatto che l'indice di edificabilità e le tipologie edilizie devono essere tali da permettere la cessione al Comune di una quota aggiuntiva rispetto a quella che deve essere assolta per adempiere agli standard urbanistici, a seguito di apposite attente verifiche preliminari. In questo senso,

S. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 71, il quale ricorda l'esperienza del piano regolatore di Ravenna elaborato negli anni novanta con due progetti strategici collegati (la darsena e la cintura verde). È stato costruito per ottenere un tale scopo un meccanismo che prevedeva l'attribuzione ai terreni della cintura verde un indice di edificabilità molto basso (0,10 mq/mc) vincolando l'impiego dei diritti edificatori così generati al loro trasferimento nella Darsena che richiedeva interventi di riqualificazione urbanistica. Creata l'offerta di diritti edificatori si è generata anche la domanda, tanto che i proprietari delle aree site nella Darsena hanno acquisito siffatti diritti edificatori generati dalla cintura verde proprio per realizzare al meglio le nuove opere. Afferma ancora l'Autore che l'apparente contraddizione dell'attribuzione di diritti edificatori a suoli destinati a verde pubblico si spiega con un incentivo ai proprietari di tali aree a rispettarne la funzione, ottenendo l'attuazione evidente delle politiche di natura ambientale. Il meccanismo ravennate si conclude in definitiva con l'intervento di tre soggetti, il privato della Darsena che acquista i diritti edificatori, il privato della cintura verde che li cede ed il Comune che riconosce un premio edificatorio nella Darsena e nel contempo acquisisce a fronte di una assegnazione di diritti edificatori i terreni da destinare agli scopi ambientali che si prefigge.

<sup>48</sup> S. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 72.

potrebbe essere, infatti, impedito, in concreto, dalla mancanza o dalla scarsità delle aree o ancora da sopravvenienze di tipo normative o addirittura di fatto.

Solo con la costruzione del manufatto assentito regolarmente, infatti, si verifica la definitiva consumazione di tali diritti edificatori acquistati dal cessionario, il quale potrebbe peraltro anche cedere eventuali diritti non spesi a favore di un ulteriore cessionario o ancora riservarsi per spenderli in occasione della realizzazione di un altro intervento edilizio nelle aree a ciò destinate delle quali egli sia appunto il titolare. L'ulteriore edificazione mediante l'impiego di diritti edificatori è insomma possibile solo laddove questi non siano stati interamente spesi.

La volumetria residua deve poi essere calcolata deducendo la volumetria già utilizzata e quella eventualmente trasferita a terzi. La perdita della cubatura originaria per effetto della edificazione non preclude, poi, ulteriori interventi edilizi in ipotesi di ulteriori acquisti volumetrici.

Una peculiare ipotesi può verificarsi in ipotesi di frazionamento dell'area originaria di decollo tra vari proprietari; una volta realizzata la costruzione costoro sono contitolari della cubatura residua in proporzione alle rispettive quote indivise di spettanza<sup>49</sup>. La volumetria residua discenderà dalla somma algebrica tra quella consumata e quella sviluppata dal lotto come diviso tra di loro.

È per altro verso altrettanto immaginabile che l'atterraggio dei diritti edificatori in un'area della quale l'acquirente sia proprietario potrebbe essere provvisoria, sia per effetto di un'autonoma decisione da quest'ultimo assunta o ancora per effetto di una (sempre possibile, ove l'interesse pubblico lo richieda) variazione delle decisioni assunte in occasione dell'adozione degli strumenti urbanistici all'epoca vigenti.

Per ricorrere ad un'espressione enfatica l'atterraggio può non essere definitivo ed in presenza delle ricordate condizioni può preludere ad un nuovo volo dei diritti edificatori.

La decisione del titolare dei diritti edificatori in ordine alla loro destinazione spaziale funzionale al loro impiego può avere origine sin dal momento del decollo o può sorgere durante il volo.

È stato posto dagli interpreti e dai pratici il dubbio in ordine al ruolo dei riferimenti catastali nella nota di trascrizione<sup>50</sup> e la questione in attesa di una soluzione condivisa è parsa essere quella della loro indicazione nella sezione D della nota<sup>51</sup>, dovendosi escludere per le ragioni teoriche e pratiche appresso indicate l'indicazione di tali elementi nella sezione B della nota stessa. 151

Non si tratta però di un dato essenziale, né necessario per la completezza dell'informazione<sup>52</sup>.

Il volo può non solo essere più o meno temporalmente lungo, ma può anche verificarsi l'ipotesi in cui l'acquirente di diritti edificatori, che nel contempo sia anche proprietario di un lotto nel quale astrattamente essi potrebbero atterrare decida di non farli confluire su di esso, per le ragioni più diverse.

È la realizzazione della costruzione a determinare la spendita dei diritti edificatori, solo però laddove essi siano stati integralmente impiegati, potendo certo essere sempre ipotizzabile che per effetto di una variante in corso d'opera, ad un minore impatto urbanistico del manufatto realizzando consegua un risparmio in termini di volumetria.

Un simile risultato sarà giuridicamente evidente sino a quando sul terreno insisterà la costruzione che abbia esaurito in tutto o parzialmente la capacità edificatoria in conformità al rilasciato permesso di costruire<sup>53</sup>.

In ipotesi, poi, di demolizione di tale ultimo manufatto, sia per effetto espresso dell'accordo obbligatorio di ripristino della situazione *quo ante*, sia quale effetto implicito della definitività della caducazione

<sup>49</sup> A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 382.

<sup>50</sup> La questione è riecheggiata soprattutto in ambiti congressuali e non ha sinora trovato emersione scritta nei contributi offerti.

<sup>51</sup> In questo senso, G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 90 che ha affrontato in una precedente occasione la valenza della

sezione D della nota di trascrizione.

<sup>52</sup> In contrario, G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93.

<sup>53</sup> Reputa ammissibile in tale caso l'esercizio dell'azione generale di arricchimento senza causa M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *I contratti del commercio ...*, cit., p. 2265.

dell'accordo traslativo originario, la volumetria, salvo eccezioni espressamente regolate dal punto di vista urbanistico, potrà nuovamente circolare, con nuovi decolli, voli ed atterraggi<sup>54</sup>, atti che dovranno rispettare le formalità pubblicitarie imposte dalla nuova disposizione.

Il n. 2-bis dell'art. 2643 c.c. fa poi riferimento solo alle ipotesi in cui si costituiscano trasferiscano o modificano diritti edificatori; l'art. 2643, n. 14 c.c. riprende quasi specularmente la stessa previsione con riferimento però alle sentenze.

Manca, insomma, il riferimento testuale alla pubblicità immobiliare delle ipotesi di estinzione dei diritti edificatori, proprio perché la loro spendita concreta (una volta conclusa la loro circolazione) discende essenzialmente proprio da una vicenda di tipo amministrativo ed urbanistico (quale la realizzazione conforme al titolo dell'opera) che fuoriesce dall'alveo disegnato dalla norma.

Non è, poi, sufficiente il riferimento applicativo all'art. 2645 c.c.

Devono in base a tale ultima norma trascritti solo gli atti ed i provvedimenti aventi ad oggetto diritti edificatori dai quali discende un effetto sovrapponibile a quello indicato nel n. 2-bis dell'art. 2643 c.c., poiché solo essi rientrano nel perimetro normativo della disposizione.

È necessario circoscrivere allora rigidamente la platea di tali ipotesi, in funzione non dell'atto (come nell'art. 2643 c.c.), ma dell'effetto, tipico e formale; devono senz'altro essere quindi espunte tutte le fattispecie estintive dei diritti edificatori, qualsivoglia forma o natura abbiano assunto, siano esse definitive o temporanee<sup>55</sup>. Non vanno, invece, trascritti gli atti ed i provvedimenti dai quali non discende un tale effetto, proprio in quanto espressamente posti al di fuori del perimetro normativo della disposizione in commento.

Può a questo punto rilevarsi che il meccanismo che risolve con la trascrizione il conflitto tra più aventi causa dallo stesso dante causa trova il suo limite proprio nell'utilizzazione dei diritti edificatori in concreto; è in definitiva proprio la spendita della volumetria a rappresentare il limite alla possibilità di beneficiare dei vantaggi della pubblicità immobiliare nella circolazione della cubatura<sup>56</sup>.

152 È stato, allora, suggerito acutamente<sup>57</sup> di utilizzare la metodica alla quale si è già fatto ricorso in occasione della concentrazione o accorpamento di cubatura. In tale caso, la stipulazione di un atto d'obbligo mediante il quale si dà emersione pubblicitaria di un tale evento può senz'altro rappresentare un buon suggerimento da introdurre in una ipotetica prassi virtuosa; solo allorché il cessionario della volumetria in volo abbia individuato con sufficiente grado di definitività l'area di atterraggio solo allora di tale fatto potrà darsi emersione pubblicitaria con la stipulazione di un atto unilaterale d'obbligo che ne sia la cartina di tornasole<sup>58</sup>.

E non è certo necessario perché ciò avvenga l'intervenuto rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato, dal momento che è più opportuno che la formazione di tale atto amministrativo segua e non preceda la stipulazione e la trascrizione del relativo atto d'obbligo.

<sup>54</sup> M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 2276; N. A. CIMMINO, *op. cit.*, p. 1122-1123.

<sup>55</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 485.

<sup>56</sup> In questo senso, R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, *cit.* con riferimento al paragrafo intitolato "la cd. cessione di cubatura".

<sup>57</sup> G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 94. la soluzione è stata ripresa da G. RIZZI, «I diritti edificatori/crediti edilizi ...», *cit.*, p. 21.

<sup>58</sup> Non sembra che il ricorso ad altre soluzioni possa essere inteso quale appagante; il riferimento è alla postulata

previsione dell'obbligo di annotare a margine della trascrizione che riconosce i diritti edificatori all'ultimo cessionario che poi li impiegherà in concreto, l'avvenuta concreta utilizzazione parziale o totale, al momento del rilascio del permesso di costruire che determina la volumetria davvero utilizzata; in questo senso, G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 94, il quale suggerisce anche l'altra soluzione che appare invero preferibile. Può trovarsi riscontro nella pronuncia del Consiglio di Stato della sezione IV in data 6 luglio 2010, n. 4333, citata, commentata in *Il Sole 24Ore* 22 agosto 2010, n. 229, nella quale la stipulazione di un siffatto atto assume rilievo cogente.

## Diritti edificatori e diritti parziari

Resta, poi, impregiudicata la possibilità di costituire diritti reali parziali sui diritti edificatori.

L'adesione alla impostazione che qualifica come beni i diritti edificatori consente, in concreto, di ammettere una tale possibilità, sebbene sia evidente che l'analisi concreta della fattispecie come postulata sia in realtà difficilmente realizzabile in concreto<sup>59</sup>. Deve però ammettersi che una tale ipotesi discende invero direttamente dall'accettazione dell'impostazione che reifica la cubatura che qui si preferisce, e non tanto invece dalla lettura nominalistica della nuova disposizione introdotta nel codice civile dalla riforma. Non sempre infatti condivisibile ammettere una tale ipotesi sulla base del termine "costituire" diritti edificatori (introdotta in occasione della conversione del decreto legge) che enfaticamente evocherebbe proprio il distacco o la compressione del diritto di proprietà proprio per effetto della nascita di un diritto reale minore<sup>60</sup>.

In realtà, la questione si pone in particolare solo per il diritto di usufrutto<sup>61</sup>, ma è evidente che la soluzione dipende non solo dalla ricostruzione che si accoglie in ordine alla natura giuridica dei diritti edificatori, ma anche dall'impostazione alla quale si accede in tema di oggetto del diritto di usufrutto stesso.

L'usufrutto è un diritto reale di godimento su cosa altrui avente contenuto generale, in quanto il titolare può godere della cosa e far propri i frutti civili e naturali di essa senza mutarne la destinazione economica ed è caratterizzato da assolutezza, da immediatezza, da inerenza alla cosa (ossia opponibilità a chiunque divenga proprietario del bene) ed ha un contenuto legalmente tipico<sup>62</sup>.

Sono, in tal senso, precluse all'usufruttuario tutte le forme di godimento incompatibili con la destinazione economica impressa: ciò vale a differenziare l'istituto rispetto alla proprietà in genere ma anche rispetto alla proprietà temporanea (nella quale il proprietario, pur potendo godere del bene in ogni possibile forma, ha un fermo limite temporale di tipo turnario).

La funzione dell'usufrutto consiste nel permettere la separazione temporanea del godimento ossia che un soggetto diverso dal proprietario tragga alcune delle utilità spettanti al proprietario per un certo tempo; tale scissione non può tuttavia essere perpetua poiché ostacolerebbe gravemente lo sfruttamento razionale dei beni e la loro circolazione, con evidenti conseguenze antieconomiche.

Un ulteriore limite è costituito dal rispetto della destinazione economica, la cui violazione non dà luogo soltanto alla possibilità di utilizzare il rimedio dell'abuso di cui all'art. 1015 c.c., ma in particolare ad una lesione dell'obbligo di non ingerenza che grava su tutti i consociati, alla cui salvaguardia è azionabile il meccanismo dell'azione negatoria.

La destinazione economica non va intesa solo in senso oggettivo, avuto riguardo alla funzione alla quale essa è oggettivamente idonea nella vita comune, ma in senso soggettivo, dovendo essere rispettata la funzione alla quale il bene era adibito prima della costituzione dal proprietario pieno o alla costituzione impressa nell'atto costitutivo medesimo.

La circolazione del diritto di usufrutto, successiva alla sua costituzione, è indipendente dalla circolazione della nuda proprietà, il cui contenuto è limitato al rispetto del diritto dell'usufruttuario, al potere di disposizione del diritto ed alla espansione del diritto in proprietà per effetto del consolidamento al tempo della cessazione dell'usufrutto stesso.

L'usufrutto può poi essere costituito da un ente collettivo che sia titolare della proprietà o di un diritto

<sup>59</sup> In questo senso, A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 663.

<sup>60</sup> La ammette A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 663 nota 28. L'Autrice argomenta tale opinione sul piano letterale dal verbo "costituire", che «parrebbe invero proprio richiamare la logica del diritto reale minore che, originandosi per distacco o compressione dalla proprietà, non è fenomeno derivativo ma appunto

costitutivo».

<sup>61</sup> Non sembra possano essere configurati altri diritti reali quali la superficie, l'enfiteusi, l'abitazione, l'uso o la servitù, per incompatibilità degli schemi legali con le caratteristiche del bene "volumetria".

<sup>62</sup> G. CIAN - A. TRABUGCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 2010, p. 930.

reale minore che ne consente la costituzione o a favore di una ente collettivo giuridica, in quest'ultimo caso con il limite trentennale di cui all'art. 979 c.c. Qualora beneficiario della costituzione sia un ente collettivo è sufficiente che lo stesso sia dotato di un'autonoma soggettività giuridica a prescindere dalla circostanza che abbia chiesto ed ottenuto la personalità giuridica.

L'usufrutto, nell'impostazione tradizionale, poteva avere ad oggetto solo cose corporali, mobili o immobili purché non consumabili<sup>63</sup>; va, però, segnalato da una parte che il concetto di bene corporale ha subito un'evoluzione rispetto al tempo dei romani, tant'è che vengono tra queste ultime vengono comprese anche cose non visibili, come l'energia elettrica e il gas non conosciute a quell'epoca e pertanto ovviamente non considerate entità economiche.

Dall'altra, hanno assunto sempre un maggior valore sociale quei beni incorporali che formano oggetto in via esemplificativa di proprietà letteraria, artistica, industriale e commerciale sia da un punto di vista economico sociale (in relazione alla loro possibilità di utilizzazione) sia da un punto di vista assiologico (in relazione alla salvaguardia degli interessi in gioco).

È, allora, configurabile l'usufrutto su beni incorporali come il diritto di autore nelle sue manifestazioni economiche, nonché i diritti di brevetto e l'usufrutto di azienda (regolato espressamente dall'art. 2561 c.c.).

La questione della configurabilità dell'usufrutto sui diritti edificatori è del tutto nuova, proprio per effetto della vicinanza temporale ad oggi della novella del 2011.

L'adesione alle impostazioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza e sin qui ricostruite in relazione alla natura giuridica dei diritti edificatori (diverse dalla riconduzione della fattispecie nell'alveo del bene, ivi compresa la tesi del diritto reale), conduce, senza dubbio alcuno, ad escludere una siffatta possibilità di configurazione.

154 Solo l'adesione alla tesi della reificazione della volumetria permette, invece, di valutare positivamente la costituzione del diritto di usufrutto sui diritti edificatori, bene mobile immateriale di origine immobiliare, al pari della sua riserva in occasione della loro cessione onerosa o gratuita della nuda proprietà, proprio in considerazione del valore economico socialmente apprezzato della volumetria<sup>64</sup>. Tale ultima ragione conduce alla soluzione favorevole in ordine al fatto che anche la cubatura possa formare oggetto di usufrutto, fatte salve naturalmente eventuali pur ipotizzabili esclusioni o limitazioni che le regole urbanistiche ponessero localmente<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Ove l'oggetto sia un bene consumabile si avrà la fattispecie del quasi-usufrutto, la cui peculiarità consiste nel fatto che il titolare non acquista solo il diritto di godere di tali beni ma la proprietà degli stessi e l'obbligo di restituire alla scadenza il *tantundem eiusdem generis* ovvero il corrispondente valore.

<sup>64</sup> Ammette l'usufrutto sui diritti edificatori E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121, così come L. RESTAINO, *op. cit.*, p. 6.

<sup>65</sup> È stato posto in dubbio (E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121) se vi siano effetti peculiari al momento del consolidamento dell'usufrutto come costituito sui diritti edificatori, una volta realizzatosi il meccanismo del consolidamento; e che verosimilmente si avrà accessione della costruzione al terreno. La questione è in concreto ben più complessa.

Aderire, infatti, alla soluzione favorevole alla costituzione dell'usufrutto sui diritti edificatori lascia impregiudicato il problema della modulazione degli effetti dell'atterraggio di una volumetria come gravata di usufrutto a favore di un soggetto terzo. L'ipotesi, sinora inesplorata in dottrina ed in giurisprudenza, è quasi espressione di un fisiologico principio di corrispondenza nel caso (pacifico)

in cui anche l'area di atterraggio sia gravata di usufrutto (temporalmente di eguale durata) a favore del medesimo soggetto beneficiario.

La ricerca di una plausibile ricostruzione solleva, invece, dubbi allorché l'area di atterraggio non spetti simmetricamente in nuda proprietà e in usufrutto ai medesimi titolari degli stessi diritti che spettano loro sulla cubatura che si intende far atterrare.

In tal caso, laddove del terreno di atterraggio sia pieno proprietario colui che è il nudo proprietario della cubatura destinata ad atterrare su di esso, potrà trarsi utile spunto dalla disciplina del quasi usufrutto per affermare che in tal caso all'atto della consumazione della volumetria con il rilascio del permesso di costruire e la edificazione del manufatto sorge per il titolare dell'area che acquista l'obbligo di restituire alla scadenza il *tantundem eiusdem generis* ovvero il corrispondente valore.

Possono essere risolte allo stesso modo spostando l'accento sul piano obbligatorio, allora, anche le seguenti due ipotesi nelle quali: A) dell'area di atterraggio siano A e B titolari rispettivamente dell'usufrutto e della nuda

Nessun problema sorge, poi, in ordine al rispetto della destinazione della volumetria, che discende direttamente dalle regole urbanistiche e non può subire alterazioni di sorta.

L'usufrutto può, inoltre, essere costituito inoltre non solo a mezzo negozi tra vivi a titolo oneroso o a titolo gratuito, ma anche con testamento o sentenza<sup>66</sup>.

La forma dell'atto tra vivi costitutivo dell'usufrutto è in funzione dell'oggetto di esso o del tipo di negozio adottato dalle parti.

Costituiscono fattispecie diverse, tutte leggibili alla luce dei principi generali le ipotesi di riserva della cubatura in piena proprietà in occasione della vendita o della donazione dell'area dalla quale essa promana, al pari della riserva di usufrutto dell'area ceduta al titolare della quale viene altresì trasferita la volumetria integrale scevra dal peso di un siffatto diritto.

Questione ancora diversa è la legittimazione attiva alla vendita della cubatura nel caso in cui il bene dal quale promana il diritto edificatorio che viene ceduto sia gravato di usufrutto (di qualsivoglia durata temporale); nell'atto di cessione dovranno opportunamente intervenire, nel loro rispettivo titolo, entrambi usufruttuario e nudo proprietario.

## L'efficacia della trascrizione nei registri immobiliari degli atti aventi ad oggetto i diritti edificatori

Devono subito essere individuati gli ambiti nei quali trova applicazione la nuova disposizione che impone la trascrizione nei registri immobiliari di alcune tipologie di atti aventi ad oggetto diritto edificatori, per potere poi discernere l'efficacia della formalità come eseguita, atteso che non tutte le ipotesi danno luogo ad una pubblicità di tipo dichiarativo. La ricerca richiede quindi un esame delle singole fattispecie che le norme e la prassi ha creato, per disegnare i contorni dell'obbligo di trascrizione<sup>67</sup>.

155

Va, a questo punto ricordato, ancora una volta, che i diritti edificatori di origine perequativa trovano origine direttamente nel piano regolatore e dal momento dell'approvazione di quest'ultimo strumento possono formare oggetto di negozi, diretti alla concentrazione della volumetria nelle aree predeterminate a tal fine.

I diritti edificatori di fonte compensativa discendono, invece, direttamente dalla cessione volontaria (dettata da esigenze ambientali o legate ai procedimenti ablatori) all'amministrazione comunale del fondo che li genera<sup>68</sup>.

I diritti edificatori di natura incentivante traggono origine in una norma di fonte statale, regionale o ancora semplicemente di piano (sia essa originaria o attuativa) e possono circolare al verificarsi delle condizioni normative dalle quali derivano.

Il presupposto per l'obbligo di esecuzione della formalità della trascrizione, a norma dell'art. 2643 c.c. n. 2-bis per il notaio incaricato della stipula dell'atto è, quindi, la formazione di un contratto che

---

proprietà e solo B sia proprietario della volumetria; B) dell'area di atterraggio siano A e B titolari rispettivamente dell'usufrutto e della nuda proprietà e solo A sia proprietario della volumetria. Per effetto dell'atterraggio sull'area in questione, l'edificio spetterà ad A e B titolari rispettivamente dell'usufrutto e della nuda proprietà in entrambe le ipotesi. Ed in ambedue i casi sorgerà un rapporto obbligatorio corrispondente nei confronti del titolare della cubatura, che avrà un credito di corrispondente valore economico.

<sup>66</sup> Il favore per l'ammissibilità dell'usucapione dei diritti

edificatori (per la piena proprietà) permette di risolvere positivamente anche la questione della possibilità astratta di usucapire solo l'usufrutto dei diritti edificatori stessi.

<sup>67</sup> Per un quadro completo e frizzante della pubblicità immobiliare G. BARALIS, «La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità», in *I quaderni della Riv. dir. civ.*, 17, 2010.

<sup>68</sup> R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 35 il quale aggiunge per completezza che i diritti edificatori di fonte premiale o incentivante sono attribuiti a seguito dell'esecuzione dell'intervento di riqualificazione urbanistica o ambientale.

trasferisca, costituisca o modifichi i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale.

Ogni qualvolta il *diritto edificatorio* formi oggetto di una di tali ipotesi contrattuali, anche nella forma di convenzione urbanistica<sup>69</sup>, il notaio rogante o autenticante (al pari di ogni altro pubblico ufficiale rogante o autenticante) dovrà senz'altro procedere alla formazione di un siffatto adempimento da eseguirsi presso l'Agenzia del territorio competente.

Nessuna importanza dal punto di vista dell'adempimento dell'obbligo di effettuare la trascrizione nei registri immobiliari, avrà peraltro né la qualificazione dei diritti edificatori in ordine alla sua fonte o appartenenza categoriale (di tipo perequativo, compensativo, incentivante o misto), né il fatto che esso sia o meno in volo.

Qualche dubbio lo pongono le questioni di diritto intertemporale. Appare irrilevante il tempo dell'origine dei diritti edificatori oggetto di trasferimento; sia che essi abbiano avuto origine anteriore o posteriore alla novella del 2011, i relativi atti dei quali formino oggetto, successivi alla novella medesima, devono avere emersione nei registri immobiliari<sup>70</sup>.

Non rileva, insomma, in alcun modo, il tempo dell'origine dei diritti edificatori; le operazioni che li hanno ad oggetto effettuate dopo l'entrata in vigore della novella in commento devono trovare necessariamente emersione nei registri immobiliari<sup>71</sup>.

È sorto il dubbio se possano essere trascritti oggi atti aventi ad oggetto diritti edificatori recanti la data anteriore all'entrata in vigore della novella. Una tale evenienza non solo non può essere esclusa in presenza di peculiari indicazioni provenienti dagli strumenti urbanistici, ma appare talora addirittura opportuna per consentire efficacemente che trovino attuazione i principi di opponibilità e continuità che animano i registri immobiliari. Pertanto, la trascrizione dei titoli precedenti inibisce un'eventuale soccombenza in ipotesi di conflitto con altro avente causa dallo stesso dante causa<sup>72</sup>.

156 Nessun rilievo avrà, poi, l'intenzione dell'avente causa di cedere tali diritti edificatori o di incorporarli in un'area di cui è titolare o ancora di non spenderli, in attesa di tempi successivi.

Il piano dell'esercizio del diritto va, infatti, nettamente distinto dal piano della titolarità di essi e della sua modificazione.

Devono, a questo punto, essere prese in considerazione le diverse ipotesi alle quali il legislatore ha fatto riferimento.

Devono, infatti, essere innanzi tutto trascritti gli atti che costituiscono diritti edificatori. Va al proposito evidenziato un dato testuale della disposizione in commento piuttosto curioso; la norma contiene un'elencazione nella quale il concetto di "trasferimento" precede inopinatamente le nozioni di "costituzione" o di "modifica" dei diritti edificatori, frutto certamente di poca attenzione nella redazione.

Si tratta, in realtà, di una categoria di atti (costitutivi) introdotta dal legislatore in occasione della conversione dell'originario decreto legge n. 70 del 2011 nella legge n. 106 del 12 luglio 2011, sulla cui utilità è stato posto qualche dubbio<sup>73</sup>; è stato sostenuto<sup>74</sup> al proposito che la costituzione del diritto edificatorio si identificherebbe, in realtà, con la prima cessione di cubatura e che il trasferimento

<sup>69</sup> Atto della cui natura squisitamente contrattuale è possibile discutere.

<sup>70</sup> Può al riguardo porsi semmai il dubbio se il precedente o i precedenti titoli anteriori al 2011 debbano essere *ex post* riproposti per la esecuzione della formalità presso i registri immobiliari; la risposta positiva è quella più in linea con la costruzione del sistema e la sicurezza dei traffici commerciali.

<sup>71</sup> In questo senso, E. SMANIOTTO, *op. cit.*, p. 376.

<sup>72</sup> Rileva A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 380 che anche prima

della novella siffatti atti andavano comunque trascritti.

<sup>73</sup> Condivide le perplessità sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 229, in quanto la potestà in materia di governo del territorio spetta alla pubblica amministrazione, non essendo neppure immaginabile che i diritti edificatori possano essere costituiti (o modificati) tra privati al pari della cessione.

<sup>74</sup> G. PETRELLI, «Trascrizione degli atti relativi a diritti edificatori ("cd. cessione di cubatura o di volumetria)», in <http://www.gaetanopetrelli.it>, p. 8.

*tout court* concernerebbe senz'altro la circolazione successiva, ipotizzando "una sorta di monopolio privato nella disciplina della fattispecie, con un contratto derivativo - costitutivo, evidentemente del tipo servitù prediale, suscettibile però di circolazione"<sup>75</sup>.

Può osservarsi, in senso contrario, che l'origine della volumetria non può mai dipendere dalla volontà delle parti, ma è sempre devoluta alla mano pubblica<sup>76</sup>.

Secondo un'altra impostazione recente<sup>77</sup>, del tutto condivisibile, solo per la cessione di diritti edificatori ha un senso l'emersione pubblicitaria del fenomeno e *misterioso* è il motivo per il quale la disposizione è stata così conformata<sup>78</sup>; l'amministrazione pubblica, infatti, - a differenza ad esempio del nudo proprietario costituente un diritto di usufrutto - non potrebbe cedere lo stesso diritto edilizio due volte a soggetti diversi; in ogni caso, qualsivoglia conflitto tra costoro dovrebbe essere risolto non alla luce delle regole della pubblicità immobiliare, bensì con la disciplina dell'autotutela amministrativa.

\* / Il risultato della novella del 2011 è allora ben strano: nella stessa disposizione coesisterebbero una trascrizione ai fini dell'opponibilità (per il trasferimento dei diritti edificatori) e una quale pubblicità notizia (per la loro costituzione e la loro modificazione)<sup>79</sup>.

Ed aderendo ad una tale ricostruzione, atteso che la pubblicità notizia è estranea alla filiera di cui all'art. 2650 c.c. comma 1 c.c., l'atto costitutivo che è posto all'origine della catena dei successivi trasferimenti, non dovrebbe allora necessariamente essere trascritto nei registri immobiliari<sup>80</sup> (al pari dell'atto modificativo).

Nonostante la difficoltà interpretativa, il riferimento normativo alle fattispecie costitutive del diritto edificatorio, inserito nella norma in commento per effetto di una sorta di *forzatura*<sup>81</sup> in occasione della conversione del decreto legge (laddove la norma originaria richiamava solo i «contratti che trasferiscono diritti edificatori»), è evidentemente diretto a tutte le ipotesi convenzionali nelle quali la cubatura origini dall'esigenza di ristorare una minorazione o una lesione subita dal privato o premi una sua condotta ritenuta in tal senso meritevole, latamente riconducibili all'alveo della volumetria di fonte compensativa<sup>82</sup>.

Tali fattispecie devono trovare emersione pubblicitaria anche allorquando siano innestate in ipotesi miste di tipo perequativo e compensativo.

È stata proposta<sup>83</sup>, proprio allo scopo di generare la catena delle trascrizioni a favore dell'ultimo avente causa, la trascrizione del provvedimento amministrativo iniziale di assegnazione dei diritti edificatori a favore di colui che, poi, li cederà.

Una tale opinione, invero, pur trova senz'altro conferma nel dettato dell'articolo 2645 c.c. secondo il quale devono rendersi pubblici «ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni

<sup>75</sup> G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, p. 7, il quale segnala che il diritto edificatorio può essere attribuito ad una certa persona, laddove la servitù impone un vincolo rispetto ad un altro fondo.

<sup>76</sup> L'acquirente del diritto edificatorio non può disporre a favore di qualsiasi fondo di sua proprietà.

<sup>77</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 231.

<sup>78</sup> Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 232 che utilizza appunto l'aggettivo misterioso per indicare l'oscurità delle ragioni, il legislatore, nel caso di specie, ha sommato cavalli e (non a caso) asini.

<sup>79</sup> La trascrizione con efficacia dichiarativa si accompagna fisiologicamente alla regolazione di un sistema pubblicitario su base squisitamente personale. La dichiaratività della formalità e la personalità del sistema

sono intimamente connesse. Sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 399.

<sup>80</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 232 afferma poi che non si crea alcun problema di ricostruzione dei passaggi successivi poiché dall'esame del titolo allegato alla nota di trascrizione si può stabilire se quello del dante causa è proprio il provvedimento amministrativo dal quale promanano tutti gli step successivi.

<sup>81</sup> L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 230.

<sup>82</sup> G. MARENA, *op. cit.*, p. 915 nota 67 afferma che il riferimento è alla cessione volontaria in luogo di esproprio a fronte della quale sono ceduti dall'ente cessionario diritti edificatori.

<sup>83</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 225.

immobili o a diritti immobiliari alcuno degli effetti e dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., salvo che dalla legge non risulti che la trascrizione non sia richiesta o che è richiesta a scopi diversi»<sup>84</sup>.

Il rapporto tra le due disposizioni da ultimo ricordate può essere plasticamente ricondotto in estrema sintesi all'espressione che se la seconda «elenca una serie di atti tipici», la prima fa riferimento «agli effetti prodotti da questi atti»: in particolare, in un caso la tipicità concerne gli atti, in un altro gli effetti<sup>85</sup>. L'art. 2645 c.c. ha allora solo la funzione di rendere irrilevante «il tipo di atto ai fini della trascrizione, sul piano della natura e struttura», con la conseguenza che qualsiasi atto che produca gli effetti di cui all'art. 2643 c.c. può essere appunto trascritto.

Dalla cattiva coordinazione normativa (probabilmente sfuggita ad un legislatore distratto) discende, allora, che devono essere trascritti anche i provvedimenti amministrativi dai quali origini la cubatura della quale si intende poi disporre.

Tale questione è, peraltro, espressione del più generale ed ora ricordato problema dell'ambito di applicazione dell'art. 2645 c.c.

Andranno allora trascritti gli atti ed i provvedimenti aventi ad oggetto diritti edificatori dai quali discende un effetto sovrapponibile a quello indicato nel n. 2-bis dell'art. 2643 c.c., poiché solo essi rientrano nel perimetro normativo della disposizione.

Sulla scia dell'impostazione preferibile che afferma essere necessario circoscrivere rigidamente la platea delle ipotesi che possono essere trascritte, in funzione non dell'atto (come nell'art. 2643 c.c.), ma dell'effetto, tipico e formale, devono senz'altro essere espunte le fattispecie estintive, qualsivoglia forma o natura abbiano assunto<sup>86</sup>. Non vanno, allora, trascritti gli atti ed i provvedimenti dai quali discende un tale effetto, poiché sono posti al di fuori del perimetro normativo della disposizione.

È però evidente che il dato normativo appena ricordato che richiede la trascrizione non solo per gli atti convenzionali, ma anche per gli atti provvedimentali, si scontra con la difficoltà pratica di trascrivere atti amministrativi di grande complessità quali piani regolatori o anche semplicemente piani attuativi che concernono talora aree territoriali enormi.

È, pertanto, preferibile affermare, a tale riguardo, che la trascrizione di tali atti amministrativi aventi carattere generale da ultimo citati, la cui esecuzione nei registri immobiliari avrebbe peraltro solo un mero effetto di pubblicità notizia, è rimessa alla valutazione dell'ente territoriale, sul quale grava un tale obbligo, che per trovare attuazione richiede la presenza di alcuni dati informativi in esso contenuti.

L'esecuzione di una tale formalità andrà allora esclusa in concreto nella maggior parte della ipotesi, proprio per l'assenza del dato soggettivo in ordine alla titolarità dei diritti reali delle aree comprese nel piano, dal momento che gli strumenti urbanistici sono essenzialmente costruiti su base oggettiva.

Va, invece, precisato che devono essere certamente trascritte anche eventuali convenzioni meramente riproduttive dell'atto amministrativo che ha dato luogo alla nuova volumetria, con accettazione della stessa da parte del privato titolare, al pari degli atti delle convenzioni aventi magari contenuto di tipo ricognitivo del fatto, della condotta o dell'atto (amministrativo) che la ha generata.

È evidente che una tale soluzione, dettata essenzialmente da un'esigenza di tipo pubblicitario (in senso ampio), sia pure orientata in senso pratico, prescinde dalla qualificazione di ciascuna fattispecie *strictu sensu* quale contratto (inteso appunto ai sensi dell'art. 1321 c.c. quale accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale). A tacer, poi, della difficoltà concreta di discernere le ipotesi aventi sostanzialmente natura contrattuale (da trascrivere) dalle ipotesi prive di una tale qualità (da non trascrivere), il richiamo all'articolo 2645 c.c. appare in tal senso dirimente.

<sup>84</sup> Deve essere esclusa, tuttavia, la possibilità di trascrivere il piano regolatore generale dal quale discendano diritti edificatori di natura perequativa. In questo senso, B. BRIANTE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>85</sup> L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 481.

<sup>86</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 485.

Il contenuto pretensivo dei diritti edificatori, che va anche *per relationem* precisato nei contratti che li hanno ad oggetto e nelle relative formalità trascrittive, trova in realtà la sua esatta configurazione proprio negli atti amministrativi che ad essi danno origine.

Ed è anche in tali atti aventi carattere squisitamente amministrativo che ha la fonte anche qualsiasi modifica del contenuto dei diritti edificatori, che sfugge naturalmente alla regolazione convenzionale dei privati (a meno di non immaginare che la disposizione abbia riguardo all'ipotesi residuale in cui la modifica del contenuto dei diritti edificatori sia contenuta in una speciale convenzione da stipularsi con l'ente territoriale).

Resta, pertanto, qualche perplessità tale peculiare previsione contenuta nel ricordato n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. in ordine alla trascrivibilità di atti aventi ad oggetto contratti che modificano diritti edificatori, non potendo appunto le parti private in alcun modo regolarne, modificandolo, il loro contenuto pretensivo, oltre all'ipotesi residuale ora ricordata. ②

È opportuno, allora, riferire un tale caso all'ipotesi in cui esse abbiano modulato i diritti edificatori diversamente rispetto ad un precedente atto traslativo intervenuto tra di loro, in specie in ordine alla misura della volumetria traslata o in relazione al suo luogo di atterraggio o ancora in funzione di eventuali riserve a favore dell'originario disponente o di un soggetto terzo.

Devono essere, altresì, trascritte anche eventuali convenzioni meramente riproduttive dell'atto amministrativo che ha dato luogo alla modifica volumetrica, con accettazione della stessa da parte del privato titolare, al pari degli atti delle convenzioni aventi magari contenuto di tipo ricognitivo del fatto, della condotta o dell'atto (amministrativo) che la ha modificata<sup>87</sup>. Dall'esame dell'art. 2645 c.c. si evince con chiarezza, poi, che devono essere trascritti specularmente i provvedimenti amministrativi dai quali origini la modificazione dei diritti edificatori sia pure con mera efficacia di pubblicità notizia. Diversa è, però, l'efficacia dell'atto modificativo trascritto. Laddove il contenuto dell'atto modificativo impinga nei rapporti di natura squisitamente contrattuale è evidente la natura dichiarativa dell'effetto della formalità, residuando l'efficacia della mera pubblicità notizia nelle altre ipotesi, senza dubbio ben più diffuse. 159

Resta aperta la questione della emersione pubblicitaria della estinzione per consumazione dei diritti edificatori di cui si è avvalso il cessionario.

È stato osservato criticamente<sup>88</sup> al riguardo che il provvedimento amministrativo di revisione o di revoca potrebbe essere sul piano funzionale a norma dell'art. 2655 c.c. annotato a margine della trascrizione; va, però, al riguardo, in modo condivisibile, aggiunto che in realtà le vicende estintive dei diritti edificatori non richiedono una loro rilevazione dai registri immobiliari<sup>89</sup>. Inoltre, la sanzione prevista dal terzo comma della disposizione stessa, sarebbe del tutto inapplicabile alla fattispecie dal momento che non sarebbe assolutamente ipotizzabile un effetto restitutorio tra le parti, quanto piuttosto un effetto integralmente estintivo<sup>90</sup>.

Può osservarsi che la peculiarità dei diritti edificatori è costituita dal fatto che la loro spendita non è definitiva; la realizzazione del fabbricato che "consuma", per così dire la volumetria della quale il proprietario del lotto era titolare, non è un fatto "definitivo", ben potendo, nel rispetto delle norme di

<sup>87</sup> È evidente che una tale soluzione, analoga a quella suggerita per i contratti costitutivi di diritti edificatori e dettata essenzialmente da un'esigenza di tipo pubblicitario, prescinde dalla sua qualificazione *strictu sensu* quale contratto (inteso appunto ai sensi dell'art. 1321 c.c. quale accordo di due o più parti per costituire regular o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale) di ogni singola fattispecie. La difficoltà concreta di discernere le ipotesi aventi sostanzialmente natura contrattuale (da trascrivere) dalle ipotesi prive di una tale qualità (da non

trascrivere) corrobora una tale opzione.

<sup>88</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 219 negativamente sul punto.

<sup>89</sup> In questo senso, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 219, il quale afferma che ove la cessione non sia stata trascritta, sarà la trascrizione dell'atto di asservimento a produrre gli stessi effetti.

<sup>90</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 227, propone quale soluzione definitiva la cancellazione della trascrizione di cui all'art. 2668 c.c..

legge tempo per tempo vigenti demolire e ricostruire il manufatto, utilizzando anche solo parzialmente la volumetria sviluppata dal lotto medesimo.

Un tale fenomeno non ha emersione nei registri immobiliari, in quanto non rientra in alcuna delle ipotesi di cui al n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. (trasferimento, costituzione o modifica)<sup>91</sup>.

Nessuna peculiare considerazione merita la fattispecie del trasferimento dei diritti edificatori che deve pacificamente avere accesso nei registri immobiliari, con pieno effetto dichiarativo della formalità. Deve a questo punto essere segnalata una lacuna nel sistema della pubblicità: solo di rado modificazioni normative dell'ordinamento civile vengono estese con apposite disposizioni all'adeguamento al settore della pubblicità sui libri fondiari; nonostante la previsione contenuta nell'art. 12 ultimo comma del R.d. n. 499 del 1929 (per la quale tutti i riferimenti contenuti in norme legislative a formalità pubblicitarie nei registri immobiliari valgono per le corrispondenti iscrizioni nei libri fondiari) e nell'art. 20 lettera h) legge tavolare (secondo il quale ogni atto per il quale norme di legge anche sopravvenute dispongono la pubblicità nei registri immobiliari del codice deve averla anche nei libri fondiari) e la chiarezza dell'intento del legislatore nazionale sono insorte spesso difficoltà interpretative in ordine alla estensione dell'una disciplina al campo dei libri fondiari. Paradigmatico è la previsione della pubblicità degli atti condizionati, regolata per i registri immobiliari dagli articoli 2659 secondo comma e 2660 secondo comma n.6 del codice civile e ritenuta non applicabile anche ai libri fondiari<sup>92</sup>.

È preferibile, nonostante il mancato richiamo relazionale, ritenere che la previsione del n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. in materia di circolazione di diritti edificatori debba potersi applicare anche ai libri fondiari<sup>93</sup>.

## La soluzione dei conflitti ed il principio di continuità

160

La pubblicità mediante trascrizione nei registri immobiliari è organizzata, come è noto, su base personale e non reale. La trascrizione deve infatti essere sempre eseguita contro ed a favore di una persona (fisica o giuridica)<sup>94</sup>.

Ad un sistema di tipo personale, si accompagna il carattere dichiarativo e non costitutivo della trascrizione<sup>95</sup>.

Nell'alveo delle fattispecie descritte dal n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. vanno distinte le ipotesi aventi efficacia di pubblicità notizia da quelle alle quali è ricondotto invece un effetto di tipo dichiarativo. In tale ultimo caso, l'inserimento dei contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati o li costituiscono o li modificano, tra gli atti che si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione reca in sé, anche l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2644 c.c.<sup>96</sup> che statuisce il cd. effetto di prevalenza secondo il quale gli atti di cui all'art. 2643 c.c. non hanno effetti riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dei medesimi.

<sup>91</sup> Non può essere accomunato alle ipotesi di modifica un tale problema, poiché il contenuto dei diritti edificatori permane eguale in ipotesi di successiva ricostruzione parziale dell'originario manufatto e cessione a terzi della volumetria residua.

<sup>92</sup> G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 204. Un tale risultato è definito dall'Autore aberrante, tale da sollecitare la questione specifica di legittimità costituzionale. Analoga difficoltà è posta dagli articoli 561 e 563 c.c., nonché dall'art. 2645-*ter* c.c. in tema di vincoli di destinazione.

<sup>93</sup> G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 204-205.

<sup>94</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, p. 399 ricorda le novità introdotte dalla legge 27 febbraio 1985, n. 52 in relazione alle associazioni non riconosciute o alle società semplici.

<sup>95</sup> Diffusamente in relazione alla origine dell'efficacia delle formalità da eseguirsi nei registri immobiliari GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 204.

<sup>96</sup> In questo senso, pacificamente A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 380.

È, pertanto, conseguente che una volta eseguita la trascrizione, in tutti i casi in cui essa non abbia appunto il mero carattere della pubblicità notizia, la stessa non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore, fatta naturalmente salva l'ipotesi di diritti edificatori originati o modificati dalla pubblica amministrazione.

L'introduzione del n. 2-bis dell'art. 2643 c.c. costituisce, insomma, in tutte le ipotesi nelle quali l'effetto della trascrizione è dichiarativo, la chiave di lettura per la soluzione dei conflitti che dovranno d'ora in poi essere risolti solo alla luce dell'art. 2644 c.c.<sup>97</sup>

In realtà, ove non si aderisse ad una tale lettura, il cessionario, che dovrebbe prevalere in base all'art. 2644 c.c., potrebbe doversi accontentare in base alla data certa di un mero risarcimento del danno, qualora il cedente inadempiente avesse proposto una domanda edilizia incompatibile con l'intervenuta cessione dei diritti edificatori. Al contrario, invece, una volta curata con tempestività la trascrizione dell'atto traslativo dei diritti edificatori, il cessionario può direttamente chiedere al Comune il permesso maggiorato, senza avvalersi in alcun modo del consenso del cedente.

La mancata trascrizione degli atti reca in sé inoltre la violazione del principio di continuità sancito dall'art. 2650 c.c.<sup>98</sup>. In base al primo comma di tale ultima disposizione del codice civile, se un atto è soggetto a trascrizione le successive trascrizioni ed iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto. Il secondo comma dispone poi che per effetto della trascrizione del primo atto non originariamente trascritto le successive trascrizioni ed iscrizioni prendono effetto secondo il loro ordine rispettivo, fatto salvo sempre l'art. 2644 c.c.

L'applicazione alle ipotesi in esame di tale assunto ormai codificato permette di rimediare alla tendenza (ancora diffusa sul territorio) di non trascriverli, disponendo accanto alla sanzione fiscale una ben più grave sanzione di tipo sostanziale che determina conseguenze negative in ordine alla opponibilità del diritto in oggetto.

La continuità della trascrizioni, intesa «completezza delle risultanze dei registri immobiliari, relativamente ad un determinato bene»<sup>99</sup> consente a colui che li consulta di risalire da un proprietario all'altro fino al proprietario originario, ricostruendo gli anelli di un'immaginaria catena da un passaggio all'altro. Ove mancasse un anello di una siffatta catena, non vi sarebbe più certezza e l'avente causa rischierebbe di soccombere nel conflitto con un terzo, giusta il richiamo all'art. 2644 c.c. contenuto nell'art. 2650 c.c.

Il cessionario non potrà opporre il proprio atto traslativo di diritti edificatori ad un terzo che abbia già trascritto in precedenza il proprio atto di acquisto, indipendentemente dalla data nella quale l'atto è stato stipulato<sup>100</sup>. In caso di doppia cessione a prevalere non sarà chi ha ottenuto per primo il relativo provvedimento edilizio dall'amministrazione comunale, ma chi avrà per primo eseguito la formalità della trascrizione<sup>101</sup>.

Colui che intende acquistare a titolo derivativo diritti edificatori in oggetto deve accertare l'esistenza di un titolo regolarmente trascritto in capo al suo dante causa ed in caso di sua mancata esecuzione ne deve curare l'effettuazione presso i registri immobiliari; è infatti legittimato alla trascrizione di un titolo qualsivoglia interessato e non solo le parti o i soggetti di cui all'art. 2671 c.c. Se Tizio trasferisce a Caio i suoi diritti edificatori con atto non trascritto e Caio cede con atto trascritto a Sempronio i medesimi diritti edificatori, quest'ultima trascrizione non ha effetto pieno se non è stata preventivamente curata la trascrizione dell'atto precedente con il quale Tizio li ha trasferiti a Caio, ma produce un mero effetto di tipo prenotativo.

<sup>97</sup> M. D'ANGELOSANTE, *op. cit.*, p. 810.

<sup>98</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 400.

<sup>99</sup> L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti*

*e delle sentenze, cit.*, p. 400.

<sup>100</sup> A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 380.

<sup>101</sup> In questo senso, E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121.

È vero che Caio ha acquistato i suoi diritti edificatori anche senza la esecuzione della precedente formalità a suo favore, in esecuzione del principio consensuale espresso nell'art. 1376 c.c., avendo la trascrizione efficacia dichiarativa; si pone però il dubbio dell'efficacia dello stesso acquisto di Mevio da Caio con atto regolarmente trascritto degli stessi diritti edificatori, sia pure in tempo successivo; in tal caso, con l'esecuzione della formalità mancante Sempronio prevarrà su Mevio, avendo quest'ultimo trascritto il suo acquisto successivamente<sup>102</sup>.

La prima trascrizione, insomma, non è priva di effetti, ma avrà valore pieno non appena sarà stata assicurato il rispetto del principio di continuità, come fosse sottoposta alla condizione sospensiva della trascrizione degli acquisti precedenti<sup>103</sup>.

Una tale ricostruzione vale naturalmente purché nessuno abbia acquistato diritti incompatibili con i trasferimenti successivi dal punto di vista temporale contro il primo dante causa. Nell'esempio riportato qualora Mevietto acquisti i medesimi diritti edificatori oggetto di tutti i suddetti atti contro Tizio, prima della regolarizzazione della catena degli acquisti, nel rispetto del principio di continuità, prevale sugli acquisti irrispettosi dello stesso principio nonostante sia cronologicamente successivo. In difetto del principio di continuità è inapplicabile l'assunto desumibile dall'art. 2644 c.c.; solo per il primo avente causa l'effetto di prenotazione permette di prevalere sugli aventi causa dallo stesso dante, solo purché la continuità della filiera trascrittiva sia stata rispettata.

Va, al riguardo, espressamente chiarito che l'adempimento di esecuzione delle formalità traslative precedenti, va curato anche nell'ipotesi in cui la provenienza dei diritti edificatori oggetto di cessione sia anteriore all'entrata in vigore della norma che ha introdotto nell'art. 2643 c.c. il numero 2-bis. Una tale accortezza è fondamentale per il rispetto del principio di continuità che non può subire minorazioni a seguito del succedersi temporale delle novelle legislative<sup>104</sup>.

I terzi hanno l'esigenza di fare affidamento su un sistema informativo che abbia il crisma della completezza.

162 Per l'art. 2650 c.c. ora ricordato assumono rilievo tutti gli atti oggetto delle "disposizioni precedenti", con sicura esclusione delle sentenze di accertamento degli acquisti a titolo originario (ai quali si riferisce dall'art. 2651 c.c.).

Secondo l'opinione preferibile<sup>105</sup>, tale ultima disposizione, che è in stretta connessione con l'art. 2644 c.c., conduce ad escludere dalla catena della continuità oltre agli acquisti per usucapione, anche le fattispecie di cui all'art. 2647 c.c. (in tema di regime patrimoniale della famiglia), entrambi casi di pubblicità notizia.

Assumono rilievo in tale ambito anche le trascrizioni degli acquisti *mortis causa*, non tanto per risolvere conflitti tra più aventi causa di tipo successorio (atteso che solo all'interno delle disposizioni per causa di morte vanno rinvenute tali norme e non all'interno delle norme in materia di pubblicità), quanto in funzione del rispetto del ricordato principio di continuità di cui all'art. 2650 c.c.

La esecuzione della formalità dell'acquisto per causa di morte non assume rilievo tanto (o soltanto) nella fase (statica) della successione, quanto nella fase (dinamica) della circolazione dei diritti edificatori<sup>106</sup>. Sarà l'avente causa ad avere massimo interesse al rispetto del principio di continuità, poiché costui potrà avvalersi del carattere decisivo dell'art. 2644 c.c. solo dopo che l'esecuzione della formalità per

<sup>102</sup> Si rinvia a F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 405 in relazione alla descrizione di ipotesi di conflitto per il mancato rispetto del principio di continuità.

<sup>103</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 406.

<sup>104</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 403 segnala che il principio di continuità si atteggia in modo diverso laddove la pubblicità sia fondata sul sistema

della intavolazione; in tal caso i libri fondiari daranno «un quadro immediato ed esauriente della circolazione» del singolo bene immobile «e la continuità dei vari passaggi è assicurata dal fatto che solo ciò che è iscritto o intavolato è all'uopo rilevante».

<sup>105</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit. p. 414.

<sup>106</sup> La modulazione della frase è stata coniata da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 420.

causa di morte sia stata eseguita, nel rispetto dell'art. 2650 c.c.<sup>107</sup>

L'inserimento nel 2643 c.c. della norma in tema di diritti edificatori appare allora particolarmente proficua, poiché accentua in uno con l'accesso alle informazioni, una maggiore sicurezza nella circolazione dei diritti edificatori. L'acquirente di diritti edificatori sarà garantito maggiormente nel suo acquisto laddove gli assunti sin qui esposti siano stati rispettati.

Resta, a questo punto, da chiarire la posizione del Comune, in ipotesi di conflitto tra più acquirenti, che ha assunto colorazioni di particolare delicatezza.

Ove si accedesse alla soluzione che non rimanda all'applicazione dell'art. 2644 c.c. si dovrebbe ammettere che il Comune non possa rilasciare il permesso cd. maggiorato indipendentemente dall'avvenuta prioritaria trascrizione, con il limite non scritto della mancata consumazione della cubatura trasferita al primo cessionario non trascrivente che potrebbe inibire l'impiego della volumetria maggiorata al secondo avente causa dal primo trascrivente.

Nell'esempio dottrinale<sup>108</sup> in cui Tizio trasferisce i diritti edificatori a Caio che non trascrive, ma costruisce e poi Tizio cede gli stessi diritti a Sempronio che subito trascrive ed invoca nei confronti della P.A. la mancata trascrizione della prima cessione, sono possibili, insomma, due diverse letture.

La prima pone il limite non scritto della mancata concreta utilizzazione della cubatura proprio per evitare che possano essere realizzati accordi fraudolenti in danno della cosa pubblica. La seconda, invece, replica alla prima che la mala fede non impedisce al secondo avente causa dal primo trascrivente di prevalere in ipotesi di doppia alienazione, imponendo in caso di doppia cessione di cubatura, la demolizione, in virtù di provvedimento autoritativo del fabbricato realizzato, dal primo cessionario non trascrivente. Nulla muterebbe insomma in caso di intervenuta edificazione del manufatto, poiché la salvaguardia delle ragioni del secondo avente causa dal primo trascrivente impone la caducazione dell'atto amministrativo o il suo ritiro.

Una diversa soluzione finirebbe per depotenziare la novella del 2011, riducendo a mera pubblicità notizia l'esecuzione *tout court* delle relative formalità (e non solo nelle ipotesi di costituzione o modifica

163

dei diritti edificatori, in gran parte delle quali un tale effetto minore è del tutto pacifico). Il Comune è, insomma, vincolato dalle risultanze nei registri immobiliari in ordine valutazione della titolarità dei diritti legittimanti il rilascio del permesso maggiorato, ferme restando le valutazioni di carattere pubblicistico ed urbanistico<sup>109</sup>.

Se prima della Novella del 2011 qualche dubbio poteva sussistere in ordine alla esistenza di un dovere di effettuazione delle visure ipocatastali per valutare la priorità della legittimazione, tali perplessità a far tempo dall'introduzione della nuova disciplina paiono essere del tutto svanite.

Né sarebbe sufficiente un'autocertificazione della parte istante, né l'imposizione dell'obbligo di produrre la documentazione ipocatastale in capo al richiedente il permesso di costruire, atteso che tale documentazione è da considerarsi pubblica provenendo dalla pubblica amministrazione stessa.

Nasce, in conclusione, dalla riforma del 2011 uno specifico dovere in capo al Comune di verificare la legittimazione attiva dell'istante alla luce del rispetto del principio della continuità delle trascrizioni, con la conseguenza che il provvedimento emesso senza l'esecuzione di un tale accertamento potrà essere caducato<sup>110</sup>.

La disposizione si riferisce poi non solo ai conflitti tra più atti aventi ad oggetto il trasferimento di

<sup>107</sup> Questioni analoghe in tema di continuità si pongono con riguardo ai vincoli di indisponibilità, ai pignoramenti, ai sequestri e all'ipoteca legale; le conclusioni raggiunte su tali punti dalla dottrina possono essere agevolmente trasferite alla materia della circolazione dei diritti edificatori. Sulla questione in generale, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 430 e ss.

<sup>108</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p.

217 riporta l'esempio tratto dal Triola.

<sup>109</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 218.

<sup>110</sup> Segnala F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 219 che un tale effetto è ben maggiore delle conseguenze derivanti da un vizio dell'atto di asservimento, con la conseguenza che ora della trascrizione e dei suoi vizi dovrà occuparsi il giudice amministrativo.

diritti edificatori (come nell'ipotesi della cd. doppia alienazione, con conseguente configurazione della *responsabilità contrattuale* del secondo acquirente primo trascrivente), ma anche al caso in cui il conflitto sorga con diritti reali minori; si pensi all'ipotesi di concessione dell'ipoteca a garanzia di un mutuo iscritta anteriormente alla trascrizione di un contratto di cessione di volumetria ai sensi del citato art. 2-bis dell'art. 2643 c.c. o alla concessione di diritti reali minori che possono incidere - sia pur astrattamente - sulla legittimazione alla cessione della cubatura medesima.

L'esecuzione della formalità della trascrizione permette, altresì, di risolvere i conflitti tra l'acquirente del terreno dal cedente e cessionario della relativa cubatura, non più secondo l'analoga regola che si applica anche all'ipotesi in cui contrastino l'acquirente del bene destinato con il beneficiario della destinazione, ma secondo la regola propria dei contratti ad effetti reali<sup>111</sup>.

Se la definizione di atti che trasferiscono diritti edificatori evoca naturalmente qualsiasi ipotesi nella quale tali beni sono traslati da un dante causa a favore di un avente causa, non pare revocabile in dubbio che debbano essere trascritti gli atti divisionali aventi ad oggetto esclusivo diritti edificatori aventi tra i loro oggetti anche i diritti edificatori.

La pubblicità da eseguirsi mediante trascrizione è, come è noto eseguita su base personale e non reale dovendola appunto eseguire a favore e contro una persona (fisica o giuridica)<sup>112</sup>.

L'art. 2650 c.c. dispone poi che nelle ipotesi in cui un atto di acquisto è soggetto a trascrizione come nell'ipotesi dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della cubatura, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore all'acquisto e che quando siffatto atto è trascritto le successive iscrizioni e trascrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo<sup>113</sup>.

L'inefficacia delle trascrizioni ed iscrizioni in difetto di continuità è solo temporanea, potendosi propriamente definire il fenomeno quale espressione di una forza prenotativa della formalità eseguita, atteso che esse riprendono vigore ed efficacia secondo il loro ordine rispettivo quando eseguita la trascrizione del passaggio omissivo sia stata ripristinata la continuità<sup>114</sup>. Colui che infatti trascrive senza rispettare la continuità prenota in concreto il numero d'ordine che varrà non appena la continuità sarà stata assicurata<sup>115</sup>.

Il principio di continuità delle trascrizioni, ignoto alla codificazione del 1865, deve, insomma, essere letto in relazione al principio di prevenzione di cui all'art. 2644 c.c., in modo da assicurare completezza delle risultanze dei registri immobiliari, consentendo di determinare la consecuzione temporale dei diversi titolari sino all'originario dal quale la circolazione dei diritti edificatori promana e con ciò unitamente alla previsione di cui all'art. 2671 c.c. «di limitare al massimo l'esistenza di atti di trasferimento occulti»<sup>116</sup>.

In tal modo, chiunque consulti i registri immobiliari, potrà risalendo dall'ultimo acquirente i tasselli di un'immaginaria catena, giungere a conoscere l'originario proprietario. La rottura di una simile catena impedirebbe di completare una tale indagine, proprio perché il sistema pubblicitario è fondato su base personale. Ecco perché colui che intendesse divenire avente causa dall'ultimo acquirente di diritti edificatori, non solo non avrebbe la sicurezza dell'origine dei passaggi traslativi precedenti, ma

<sup>111</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 212, secondo il quale oggi la fattispecie non può essere ricostruita applicando l'art. 2915 c.c. richiamato dall'art. 2645-ter c.c.

<sup>112</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 399, diffusamente sulla questione con speciale riguardo alla possibilità di trascrivere a favore e contro una associazione non riconosciuta o una società semplice.

<sup>113</sup> In ordine all'applicazione dell'art. 2650 c.c. ove i diritti edificatori abbiano avuto ulteriore circolazione, F.

GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 216.

<sup>114</sup> Diffusamente sulla questione, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 405 e ss.

<sup>115</sup> Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit. p. 406 si tratta più propriamente di una condizione sospensiva, o un effetto preliminare di una fattispecie in situazione di pendenza.

<sup>116</sup> L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 400.

rischia di essere soccombente nei confronti di un soggetto terzo a norma del ricordato art. 2644 c.c. e, quindi, di non comprare bene.

Spetterà all'ultimo acquirente rendersi parte diligente nel completare la detta catena, inserendo l'atto mancante tra le formalità, attività che proprio per la salvaguardia di tali interessi può essere svolta da qualsiasi interessato e non solo dalle parti o dai soggetti obbligati a norma dell'art. 2671 c.c.<sup>117</sup>

È però evidente che nell'ipotesi dei diritti edificatori la continuità è assicurata a far data dalla trascrizione del primo atto di trasferimento della cubatura non essendo per nulla necessaria l'emersione dai registri immobiliari di qualsivoglia atto amministrativo della pubblica amministrazione dal quale sia promanata la nuova volumetria o più in generale la volumetria ceduta, fatte salve alcune rare fattispecie avendo in tali casi la formalità di trascrizione, come ricordato, valore di mera pubblicità notizia.

Può trarsi utile argomento sul punto proprio dal fatto che il principio di continuità riguarda solo gli acquisti a titolo derivativi e non quelli a titolo originario (come si desume dall'art. 2651 c.c.); se, dunque, la trascrizione dell'atto dal quale promana la costituzione dei diritti edificatori ha l'efficacia di una mera pubblicità notizia, la esecuzione di una siffatta formalità serve a rendere la consultazione dei registri immobiliari più esauriente ed affidabile costituendo un punto di partenza che abbrevi indagini del tutto inutili e defatiganti, eventuali atti o provvedimenti amministrativi generanti diritti edificatori sono del tutto esclusi dall'applicazione della nuova disciplina pubblicitaria<sup>118</sup>.

Può tuttavia rilevarsi che il meccanismo che risolve con la trascrizione il conflitto tra più aventi causa dallo stesso dante causa trova il suo limite proprio nell'utilizzazione dei diritti edificatori in concreto; è in definitiva proprio la spendita della volumetria a rappresentare il limite alla possibilità di beneficiare dei vantaggi della pubblicità immobiliare nella circolazione della cubatura<sup>119</sup>.

Un tale meccanismo salvaguarda, insomma, la corretta circolazione delle volumetrie nei rapporti tra le parti solo sino alla spendita della volumetria circolante.

Muta, in conclusione, la posizione giuridica dell'ente territoriale, che dovrà verificare prima del rilascio del permesso di costruire non solo allora il rispetto del principio di continuità delle trascrizioni, ma anche l'inesistenza di pregiudizievole contro il disponente relativamente al fondo la cui volumetria è oggetto di cessione quali pignoramenti o pregresse ipoteche<sup>120</sup>. In occasione dell'atterraggio dei diritti edificatori il Comune dovrà controllare che l'istante vanti una continua serie di trascrizioni del proprio e dei danti causa più remoti<sup>121</sup>.

Devono, poi, trovare emersione pubblicitaria, nonostante l'espressione testuale della norma che contiene un difetto relazionale i contratti preliminari di trasferimento della volumetria.

Il contratto preliminare, pur preordinato ad un mutamento della titolarità di un immobile, importa invero semplicemente la costituzione di un'obbligazione di trasferire ed ha pertanto natura squisitamente obbligatoria<sup>122</sup>.

La questione si pone altresì nelle rare ipotesi nelle quali i contratti preliminari concernano anche la costituzione o la modificazione dei diritti edificatori.

<sup>117</sup> Quanto più remoto è il titolo quanto più difficoltosa sarà una siffatta indagine.

<sup>118</sup> Il principio di continuità sulla base del dato testuale sarebbe inapplicabile al preliminare (art. 2643-bis c.c.) al negozio di destinazione (art. 2645-ter c.c.) alla divisione (art. 2646 c.c.) ed alla cessione dei beni al creditore (art. 1649 c.c.); in realtà secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 414 una tale conclusione non pare essere appagante, con conseguente applicazione della sanzione di inefficacia della trascrizione in caso di difetto di continuità alle ipotesi da ultimo ricordate,

con esclusione delle convenzioni matrimoniali e della fattispecie di cui all'art. 2651 c.c.

<sup>119</sup> In questo senso, R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., con riferimento al paragrafo intitolato "la c.d. cessione di cubatura".

<sup>120</sup> Sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 220.

<sup>121</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 224.

<sup>122</sup> L'art. 2645-bis c.c. dispone che possono essere trascritti solo i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione

## Tecniche di emersione pubblicitaria: la compilazione della nota

Alla polverizzazione delle opportunità perequative, compensative e premiali corrisponde una parcellizzazione di "modalità consensuali", nella definizione delle quali le regole rischiano di dover essere definite secondo canoni viziati dall'occasionalità, ottenendo un risultato che è «l'esatto contrario della giustizia redistributiva e dell'indifferenza dei proprietari che si intende raggiungere con alcuni degli strumenti richiamati».

Si è assistito prima della novella del 2011 alla ricordata dematerializzazione (o la smaterializzazione) dello *ius aedificandi* (intendendo per tale la tecnica circolatoria dei titoli rappresentativi della stessa), diretta in prospettiva ad una irrealizzata cartolarizzazione della cubatura rispetto al lotto che la ha generata.

L'effetto di tali tecniche urbanistiche è che siffatti diritti edificatori circolano scissi da qualsivoglia legame aprioristico con il fondo di partenza e con il fondo accipiente (addirittura ancora oggettivamente da individuare tra i fondi posti nelle aree a ciò deputate).

È quindi necessario individuare delle metodiche che consentano di coniugare la serietà e la certezza auspicata della negoziazione con l'efficienza urbanistica alla quale tali regole di piano aspirano.

La trascrizione andrebbe formulata, secondo una prima lettura, con caratteristiche tipologiche ordinarie; codice 100 per il tipo di atto in conformità con la circolare n. 5 del 2006 dell'Agenzia del territorio; tra i soggetti contro il disponente e nel quadro (*rectius* sezione) D, la regolamentazione della destinazione; a tale formalità dovrà far seguito la trascrizione della avvenuta cessione a favore del Comune<sup>123</sup>.

166 I successivi trasferimenti dovrebbero emergere dalle annotazioni a margine dell'originaria trascrizione dell'atto di destinazione solo contro l'originario cedente; in ogni caso, i beneficiari successivi dovranno procedere ad annotare l'originario atto che è sempre connesso alla area ceduta al Comune. La situazione non muterebbe nel caso in cui la trascrizione dell'atto di destinazione si ritenga che debba essere effettuata a favore del Comune.

Andrebbe poi prevista nella sezione D la coincidenza di destinante e beneficiario quale causa espressa di estinzione della fattispecie.

Le obiezioni a siffatte indicazioni sono le medesime rivolte all'adozione del tipo, nonostante alcune indicazioni utili possano essere tratte da tali suggerimenti, quali ad esempio proprio l'impiego del codice generico 100.

Un siffatto meccanismo non tiene in considerazione non solo il fatto che talora l'incremento di cubatura è semplicemente collegato al mero impegno alla cessione e non alla cessione *tout court*, ma anche l'assenza di qualsivoglia profilo destinatorio.

Tuttavia, anche, qualora fosse stata ceduta l'area al Comune, un siffatto meccanismo tecnico giuridico non è praticabile, atteso il rilievo giuridico della serie di annotazioni non conferente alla fattispecie in esame nella quale con le formalità successive non si ha alcuna modificazione del contenuto della

di taluno dei contratti di cui ai numeri 1) 2) 3) e 4) dell'art. 2643 c.c. anche se sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione; la preclusione della tassativa enunciazione numerica nell'incipit della disposizione non può essere neppure superata mediante il richiamo alla disciplina degli immobili da costruire, attesa l'assoluta inconferenza del richiamo con la materia dei diritti edificatori.

Si tratta piuttosto di un banale difettoso coordinamento dispositivo, che in concreto non inibisce ovviamente la stipulazione dei contratti preliminari di trasferimento

della cubatura; sembrerebbe tuttavia contraddittoria una siffatta interpretazione ed in contrasto con una previsione normativa che tipizza il contratto di cessione di cubatura, ma che nel contempo inibisce esclusivamente la loro emersione pubblicitaria. È preferibile allora un'interpretazione favorevole all'estensione al preliminare avente ad oggetto un obbligo di cedere la cubatura la possibilità di accesso ai registri immobiliari. In questo senso, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 238.

<sup>123</sup> G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93.

formalità alla quale ciascuna di esse rispettivamente accede, bensì l'emersione di una serie di atti costitutivi, traslativi o estintivi di diritti edificatori.

L'inidoneità della formalità dell'annotazione a segnalare la successione degli atti traslativi è, quindi, evidente.

La soluzione di cui all'art. 5 più volte citato della novella del 2011 va nella direzione della certezza delle regole che presiedono la circolazione della volumetria.

Restano da determinare le regole pratiche di attuazione; la creazione di un apposito codice catastale per l'individuazione diretta dei diritti edificatori e di un codice negozio per la trascrizione permetteranno di dare attuazione concreta al disegno del legislatore<sup>124</sup>. Il secondo dei due auspici si è oggi realizzato con la circolare dell'Agenzia delle entrate del 17 giugno 2015, n. 24/E che ha introdotto i codici negozio 169, 170 e 171.

L'introduzione di un codice catastale legato al bene immobile dal quale la volumetria promana e di un codice catastale rappresentativo dell'arrivo della cubatura aggiuntiva sul fondo di destinazione costituirebbe senz'altro uno strumento che coniugherebbe la marginalità dei costi tecnici con l'efficienza, proprio perché attribuirebbe al fenomeno un'apparenza non solo dai registri catastali, ma anche immobiliari<sup>125</sup>, offrendo un grado di certezza alle contrattazioni ancora superiore, requisito indispensabile per la creazione di mercato funzionale ed efficiente.

In attesa di una soluzione concreta e pratica derivante dalla auspicabile prossima circolare dell'Agenzia del territorio, resta da valutare la soluzione da offrire oggi per permettere la emersione pubblicitaria della fattispecie.

Va a questo punto considerata la tecnica maturata nella prassi per ottenere l'emersione pubblicitaria delle operazioni aventi ad oggetto la cubatura, alla luce delle regole dettate dall'art. 2659 c.c.

Va subito allora affrontato subito il caso tipico della cessione di diritti edificatori dal soggetto A al soggetto B.

Nulla è indicato nelle norme di legge in relazione alle modalità di compilazione delle note di trascrizione. 167

La questione è però evidentemente di grande importanza in particolare in considerazione del dettato dell'art. 2665 c.c. secondo il quale le omissioni e le inesattezze contenute nella nota di trascrizione possono essere causa di invalidità della nota medesima qualora inducano incertezza in relazione al bene oggetto dell'atto traslativo.

Il codice da indicare nella sezione A della nota di trascrizione in assenza di indicazioni specifiche è 100 con indicazione della menzione «Trasferimento (o costituzione o modifica) di diritti edificatori» nonché degli estremi del titolo trascrivendo e del pubblico ufficiale rogante o autenticante.

Non va naturalmente richiesta la voltura automatica<sup>126</sup>.

L'art. 2659 n.4 c.c. dispone che debba essere indicata la natura e la situazione dei beni a cui si riferisce il titolo con le indicazioni di cui all'art. 2826 c.c.

Secondo una recente condivisibile impostazione<sup>127</sup>, il terreno iniziale dal quale promanano i diritti edificatori andrà descritto non solo nella sezione B della nota che concerne il primo trasferimento, ma anche nelle note relative alle cessioni successive.

<sup>124</sup> L'auspicio è anche di A. GAMBARO, *I beni*, in *op. cit.*, p. 136.

<sup>125</sup> È dubbioso sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 225, e critica aspramente la posizione del Gambaro (*I beni*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo op. cit. p. 136) secondo il quale appunto l'accatastamento dei diritti edificatori agevolerebbe in concreto la trascrizione, fornendo ampie garanzie di certezza grazie all'intervento del notaio. Afferma, al riguardo, che un tale affidamento sarebbe

di natura fideistica, fondato sulla base di criteri ai quali nemmeno si accenna.

Può invero agevolmente rilevarsi che è del tutto evidente la conseguenza pubblicitaria della individuazione catastale dei diritti edificatori in termini di certezza della circolazione.

<sup>126</sup> G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93 afferma che è auspicabile l'introduzione di un codice catastale per l'individuazione dei diritti edificatori.

<sup>127</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 224.

È stato poi affermato<sup>128</sup> che andrà indicato nella stessa sezione anche il terreno concreto di atterraggio ove conosciuto; depongono contro un tale suggerimento ragioni teoriche e pratiche; invero, dal primo punto di vista, un siffatto dato non solo è difficilmente conosciuto *ex ante*, essendo magari determinata solo la zona o una delle zone nelle quali il meccanismo potrà avere luogo, ma potrebbe anche mutare nel corso del tempo anche semplicemente per un mutamento delle intenzioni del cessionario dei diritti edificatori. L'indicazione degli estremi catastali del fondo di atterraggio nella sezione D potrebbe poi ingenerare dubbi in sede di analisi dei dati pubblicitari. Appare preferibile nelle ipotesi in cui ciò si verifichi una indicazione all'interno della sezione D della nota di trascrizione.

In ipotesi, invece, di assenza di predeterminazione del terreno di atterraggio, dovranno continuare ad essere indicati solo i dati tecnici identificativi del terreno *a quo* di decollo.

Tali elementi identificativi, come ricordato, del fondo di origine andranno indicati anche nelle ipotesi di trasferimento dei diritti edificatori in volo dal primo cedente a favore dei successivi cessionari<sup>129</sup>.

Una siffatta soluzione è, poi, da preferire anche se la volumetria promana da atti risalenti ad epoca anteriore della novella e pertanto non trascritti nei registri immobiliari; in tal caso, è forse opportuno sollecitare la prassi virtuosa di ritrascrivere tali atti proprio per permettere in uno con l'attuazione del principio della continuità delle trascrizioni una maggiore completezza delle informazioni desumibili dai registri immobiliari e per consentire, come rilevato ai principi di continuità ed opponibilità dell'acquisto di operare al meglio.

Non è possibile, poi, escludere che in ipotesi di autopoiesi o di variazione del Prg possano essere assegnati dalla pubblica amministrazione diritti edificatori privi di un terreno dal quale derivino tali diritti edificatori potrebbero, poi, essere di volta in volta ceduti a soggetti che siano (sia pure temporaneamente) privi della titolarità di aree idonee all'atterraggio o addirittura non intenzionati ad una tale operazione<sup>130</sup>.

La soluzione di un tale caso nel quale mancano addirittura i dati catastali del terreno, sarebbe a prima vista quella della intrascrivibilità.

In realtà, una siffatta scelta appare, condivisibilmente, "inappagante"<sup>131</sup> solo se si pone mente ad un confronto con la possibilità pacifica di trascrizione degli atti di circolazione della volumetria in volo con un semplice, mero riferimento al fondo di origine.

Ebbene, anche tali ipotesi, allora, dovranno trovare emersione pubblicitaria atteso che il sistema pubblicitario immobiliare è fondato proprio su base personale<sup>132</sup>; la questione può, semmai, porsi per le regioni, province e comuni nei quali vale ancora il registro tavolare.

Un'indicazione localistica nel meccanismo originatorio non potrà certo mancare: esiste infatti sempre in qualsiasi ipotesi di tal fatta il richiamo ad un luogo, nonostante rispetto ad esso il beneficiario del diritto edificatorio non vanti alcuna situazione riconducibile ad un diritto di tipo reale.

È stato suggerito al proposito anche l'idoneità dei dati del comparto a rappresentare un elemento inseribile in nota<sup>133</sup>.

Il riferimento allora a tale luogo potrà essere sufficiente a completare la nota.

Nella sezione C della nota di trascrizione dovranno poi essere indicati il soggetto cedente e il soggetto

<sup>128</sup> G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93.

<sup>129</sup> In questo senso, B. BRIANTE, *op. cit.*, p. 30.

<sup>130</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 224. A. MUSIO, G. SABBATO G. SALITO, *Il piano casa, op. cit.*, p. 59 affermano esistere una «genesì oscura dei diritti edificatori».

<sup>131</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 224, afferma che nelle ipotesi nelle quali il diritto è in volo la trascrizione è possibile sulla base di un falso, atteso il riferimento ai dati catastali di un terreno che non è di

proprietà del cedente ma di un terzo oggi estraneo al rapporto contrattuale.

<sup>132</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.* p. 225 si tratta di una vera e propria ipocrisia giuridica "a fin di bene" giungendo alla possibilità di trascrizione del provvedimento amministrativo iniziale che origina i crediti generando una catena completa a favore di chi per la sua volta li cederà.

<sup>133</sup> In questo senso, dubitativamente B. BRIANTE, *op. cit.* p. 30.

cessionario, laddove l'atto oggetto della formalità sia appunto un trasferimento di cubatura. Se nella prima cessione il soggetto contro coinciderà con il titolare del fondo dal quale il diritto edificatorio promana, nelle successive dovrà essere inserito nella nota il rispettivo cedente al quale spetterà il diritto edificatorio in volo<sup>134</sup>.

Nessun richiamo dovrà nella sezione C essere fatto a diritti e quote<sup>135</sup>. Per coloro che accedono alla soluzione dei diritti edificatori quali diritti reali è stato suggerito di indicare il codice 09 quale codice diritto apponendo la specificazione nell'apposito campo libero di diritto edificatorio, nonostante le perplessità di un siffatto riferimento<sup>136</sup>.

È utile dal punto di vista della definizione dei diritti edificatori che formano oggetto dell'atto e delle informazioni che la pubblicità può offrire, la individuazione dei luoghi o zone di atterraggio di essi, o delle regole in base alle quali le aree di destinazione possono essere individuate.

Una tale indicazione però non sempre è possibile in modo analitico, con esatta previsione del lotto finale con specificazione del foglio e della particella che lo contraddistinguono; il problema, infatti, non si pone certamente nel caso in cui il cessionario abbia già individuato le aree esatte di atterraggio della volumetria che ha comprato, nella quale ipotesi è certo immaginabile la esatta previsione di un lotto con i suoi dati catastali attuali; potrebbe però ben verificarsi l'ipotesi diversa e più frequente nella quale i diritti edificatori siano in volo ed il loro cessionario non abbia ancora immaginato né se sarà lui in prima persona a fruirne in modo diretto, magari anche in un lotto ancora da individuare e poi da acquistare, o se piuttosto un tale acquisto è stato effettuato al solo scopo commerciale di cedere tali beni a terzi ulteriori aventi causa<sup>137</sup>.

Una tale indicazione non essenziale, ma fortemente opportuna va apposta solo in ipotesi di assoluta certezza, potendo generare certamente confusione.

A nulla infatti varrebbe l'indicazione dell'ambito di atterraggio ove non sia certa, atteso che i diritti edificatori potrebbero appunto atterrare dopo molto tempo o addirittura circolare senza atterrare proprio per la mancanza di interesse economico o di suoli idonei<sup>138</sup>.

In particolare, andrà allora indicata la fonte del diritto edificatorio nonché gli ambiti nei quali esso può essere speso.

Qualora sia stato rilasciato, nelle regioni in cui è previsto, un titolo rappresentativo dei diritti edificatori appare essenziale la indicazione dei suoi estremi di riferimento nella sezione D nella quale andranno allora indicate tutte le notizie utili a permettere una corretta identificazione del diritto edificatorio ceduto. Andrà colà indicata altresì il tempo (massimo o minimo di spendita) e la misura del diritto edificatorio ceduto<sup>139</sup>, pur rilevando tale elemento solo come pubblicità notizia e non valendo quindi ai fini dell'opponibilità<sup>140</sup>. Il proprietario del fondo Tuscolano che sviluppa una certa volumetria

<sup>134</sup> E ciò proprio per la sua natura di bene e non di diritto in re aliena, come sostiene G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93, il quale non si pone allora alcun dubbio in ordine alla inerenza reale di tale supposto diritto.

<sup>135</sup> Secondo E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 122 ove si acceda alla tesi del bene la trascrizione dovrebbe implicare il ricorso al codice della proprietà; una tale indicazione importerebbe in assenza di uno specifico codice di trascrizione una confusione tra le ipotesi in cui oggetto del trasferimento sia il terreno e le ipotesi in cui sia il diritto edificatorio. In ipotesi di adesione alla impostazione del diritto reale, allora si dovrebbe fare riferimento secondo l'Autore al diritto di superficie; invero è evidente la non logicità di un tale assunto, visto che non è configurabile una ipotesi di tale fatta.

<sup>136</sup> B. BRIANTE, *op. cit.*, p. 30. Il riferimento è alla

servitù il cui codice 09 verrebbe impiegato in tale caso; sono evidenti le perplessità in ordine ad una tale scelta praticata.

<sup>137</sup> È evidente allora che tale indicazione può essere molto proficua dal punto di vista concreto proprio perché talora la minore platea di spazi di allocazione della cubatura decollata o in volo, impone l'attribuzione ad essa di un corrispondente inferiore valore economico; in altre parole, quanto maggiore è la possibilità di spendita dei diritti edificatori, quanto maggiore è il loro valore commerciale.

<sup>138</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 225 afferma che il richiamo ai confini o al suolo di atterraggio sarebbe una soluzione anomala e perfino abnorme.

<sup>139</sup> E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121.

<sup>140</sup> Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle*

potrebbe, mantenendo la proprietà dell'area, cedere la cubatura complessiva a due diversi soggetti (nella esatta misura poi individuata in tale quadro) oppure cedere la stessa cubatura a due diversi soggetti, con un conflitto risolvibile solo mediante lo strumento di cui all'art. 2644 c.c.

È necessario, poi, indicare eventuali pattuizioni in relazione alle conseguenze derivanti dalla modifica del contenuto del diritto edificatorio oggetto di trasferimento successive alla cessione stessa, per effetto della variazione degli strumenti urbanistici vigenti, i termini nei quali il diritto edificatorio dovrà essere speso, gli eventuali estremi di iscrizione del diritto edificatorio nei registri comunali, ove esistenti e i dati di emissione del titolo che porta siffatto diritto ove emesso.

È necessario poi indicare qualsiasi altra notizia che possa contribuire a identificare il diritto edificatorio oggetto del trasferimento e la sua conformazione.

È evidente che nell'ipotesi di compensazione, poiché la costituzione dei diritti edificatori sorge per effetto della cessione volontaria in luogo di espropriazione al Comune, dovranno essere redatte due note di trascrizione, la prima avente ad oggetto il terreno e la seconda (contro il Comune ed a favore del beneficiario, originario cedente), avente ad oggetto i diritti edificatori.

Resta da affrontare la questione della riserva di cubatura da parte del cedente il terreno dal quale essa promana.

In tali casi<sup>141</sup>, dovranno essere redatte due diverse note: la prima concernente ad esempio il negozio di vendita o di donazione dell'area richiederà l'indicazione a favore del cessionario acquirente della stessa; la seconda nota, invece, nella quale andrà indicato ancora una volta nella sezione B l'immobile oggetto di trasferimento, dovrà recare nella sezione C i soggetti in formazione inversa rispetto alla prima nota: soggetto a favore sarà il riservatario dei diritti edificatori cedente l'area, soggetto contro il cessionario, con la particolarità che nessun codice diritto andrà indicato nella relativa casella.

La sezione D darà poi emersione delle peculiarità della fattispecie contrattuale.

170 La questione assume un maggior grado di complessità nelle ipotesi nelle quali l'area dalla quale promana la volumetria all'atto del decollo sia - ad esempio - gravata dal diritto di usufrutto (di qualsivoglia durata temporale); così come nell'atto di cessione dovranno intervenire nel loro rispettivo titolo usufruttuario e nudo proprietario, del pari della riserva dovranno beneficiarne entrambi, proprio in considerazione della natura di bene dei diritti edificatori.

---

*sentenze, cit.*, p. 226 la sezione D della nota di trascrizione è un vero e proprio *refugium peccatorum*. Riprende la questione, G. P. CIRILLO, «La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi», in *Riv.*

*not.*, 2013, p. 626.

<sup>141</sup> Va comunque fatta salva la possibilità di ricorrere ancora una volta allo schema già ricordato della riserva di servitù di totale o parziale in edificazione.