

Marianna Rinaldo

**GLI STRUMENTI DI
MICROPIANIFICAZIONE
URBANISTICA NEGOZIALE E LA
LORO NATURA. IL *GENUS*
ETEROGENEO DEI DIRITTI
EDIFICATORI E LA *SPECIES*
PRIMIGENIA DELLA CESSIONE DI
CUBATURA**

Estratto

CASSAZIONE

Sez. Un., 9 giugno 2021, n. 16080

Pres. Virgilio Biagio — Rel. Stalla Giacomo Maria

DIRITTI REALI - Proprietà e *jus aedificandi* - Cessione di cubatura e diritti edificatori (natura) - Accordi tra privati e Pubblica amministrazione - Imposte applicabili.

La cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: — immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; — non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 cod. civ.; — trascrivibile ex art. 2643, n. 2 bis, cod. civ.; — assoggettabile ad imposta proporzionale di registro come atto “diverso” avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale ex art. 9 Tariffa Parte Prima allegata al d.P.R. 131/86 nonché, in caso di trascrizione e voltura, ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa ex artt. 4 Tariffa allegata al d.lgs. n. 347/90 e 10, co. 2”, del medesimo d.lgs. (1).

1113

(Omissis)

FAITTI RILEVANTI E RAGIONI DELLA DECISIONE. — § 1.1. E. R. e C. C. (quest’ultimo quale erede di C. R.) nonché I. s.r.l. hanno proposto due motivi di ricorso per la cassazione della sentenza n. 677/11/18 del 6 febbraio 2018, con la quale la Commissione Tributaria Regionale del Lazio, in riforma della prima decisione, ha ritenuto legittimo l’avviso di liquidazione con il quale l’agenzia delle entrate ha applicato l’imposta proporzionale di registro all’8%, l’imposta proporzionale ipotecaria al 2% e l’imposta

catastale all’1% sull’atto 15 giugno 2009 con il quale i R. (non soggetti Iva) avevano ceduto alla I. s.r.l., a titolo oneroso, parte della cubatura edilizia da loro acquisita in forza di convenzione stipulata con il Comune di Latina in data 17 aprile 2009. In particolare, dall’atto in questione — registrato telematicamente e dalle parti assoggettato alla sola imposta proporzionale di registro con aliquota del 3% — risulta che: con quest’ultima convenzione i R. avevano ceduto gratuitamente al Comune di Latina la piena proprietà di alcune porzioni di terreno ricadenti nel Piano Particolareggiato di Esecuzione del Quartiere E/1 Pic-

CASSAZIONE

carello (destinate a viabilità, parcheggi e verde pubblico) a fronte dell'attribuzione compensativa ad essi, da parte del Comune, di una volumetria residenziale (in base all'indice di 0,80 mc/mq, pari a mc 11.940,80) da realizzarsi in parte su un lotto dell'avente titolo alla perequazione, ed in parte su altri lotti di terreno ricadenti all'interno del perimetro del medesimo PPE Quartiere E/1 Piccarello (ex art. 3, ultimo comma, delle Norme Tecniche di Attuazione del PPE); su tale premessa, i R. cedevano e trasferivano alla I. s.r.l. una volumetria pari a 2000 m³, precisando che, per effetto della 2 cessione, essi: "rinunciano ad ogni diritto allo sfruttamento edilizio della cubatura ceduta e consentono che tale sfruttamento edilizio sia realizzato dalla società I. s.r.l. su terreni di proprietà di quest'ultima siti nel Comune di Latina zona E/1 Piccarello previo rilascio dei necessari permessi di costruire e, pertanto, prestano ogni più ampio consenso a che il Comune, nel rilasciare i permessi di costruire alla società cessionaria, imputi anche la cubatura trasferita con il presente atto".

§ 1.2. Mentre la Commissione Tributaria Provinciale di Latina annullava l'avviso di liquidazione sul presupposto che con l'atto di cessione di cubatura in questione i R. avessero disposto di volumetrie "scollegate dai terreni originari e rappresentanti la mera spendita di un diritto, certo non qualificabile né assimilabile ad un diritto reale", con conseguente tassazione per la sola imposta di registro con aliquota ordinaria del 3% (come prestazione a contenuto patrimoniale, ex articolo 9 Tariffa, Parte Prima, allegata al d.P.R. 131/86), la commissione tributaria regionale, nella sentenza qui impugnata, ha invece ritenuto legittimo l'avviso di liquidazione opposto, con conseguente tassazione proporzionale di registro con aliquota dell'8% (come atto traslativo a titolo oneroso della proprietà e di diritti reali immobiliari di godimento, ex articolo 1, primo

periodo, Tariffa cit.) posto che: l'atto di cessione di cubatura, pur non potendo avere ad oggetto il trasferimento o la costituzione di un diritto reale atipico di as-servimento, atteso il regime a 'numero chiuso' dei diritti reali, implica comunque il trasferimento di una facoltà inerente al diritto di proprietà, così presentando "sicure caratteristiche di realtà"; parimenti dovute sono l'imposta ipotecaria e quella catastale, trattandosi di contratto atipico assimilabile a trasferimento di diritti immobiliari e configurante, al contempo, rinuncia ai diritti edificatori da parte del cedente, con conseguente sua trascrivibilità e variazione catastale; e ciò anche prima dell'introduzione dell'articolo 2643 n. 2-bis del codice civile, disposizione non avente carattere innovativo ma chiarificatore, perché finalizzata a superare i dubbi precedentemente manifestatisi nella ricostruzione giuridica della fattispecie negoziale.

§ 2.1. Con il primo motivo di ricorso si deduce — ex art. 360, co. 1, n. 3) cod. proc. civ. — violazione e falsa applicazione sia della tariffa TUR sia degli articoli 832 e 1376 del codice civile. Ciò per non avere la commissione tributaria regionale considerato che, come ritenuto dalla migliore dottrina e da parte della giurisprudenza, il contratto di cessione di cubatura non ha effetti reali ma meramente obbligatori, dal momento che il cessionario non può realizzare il proprio interesse a costruire se non attraverso l'emissione di un provvedimento discrezionale della PA (dal quale soltanto scaturirebbe, tra le parti e nei confronti dei terzi, il trasferimento di cubatura propriamente detto); sicché il contratto intercorso tra i privati ingenera unicamente un'aspettativa di diritto, ovvero il trasferimento di un bene immateriale non inseribile tra i diritti reali di natura immobiliare. Con il secondo motivo di ricorso si deduce — ex art. 360, co. 1°, n. 3) cod. proc. civ. — violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 10 decreto legislativo n. 347/90, nonché 2643 n. 2-bis codice civile e 11 Preleggi. Ciò

per non avere la commissione tributaria regionale considerato che, stante appunto la natura meramente obbligatoria del contratto di cessione di cubatura, non si realizzano in essa i presupposti impositivi né della trascrizione (ai fini dell'imposta ipotecaria) né della voltura (ai fini dell'imposta catastale), tanto che legittimamente il contratto in questione non era stato trascritto. Non deporrebbe, poi, in senso contrario il nuovo disposto dell'articolo 2643 n. 2-bis del codice civile, trattandosi di disposizione valevole solo per il futuro e comunque di per sé non significativa della natura 'reale' dell'istituto.

§ 2.2. Resiste con controricorso l'agenzia delle entrate, la quale osserva che la cessione di cubatura — strumento atipico largamente invalso nella prassi — costituisce atto a titolo oneroso attraverso il quale il proprietario di un fondo edificabile scorpora, in tutto o in parte, la facoltà (*utilitas*) inerente al suo diritto dominicale di costruire, trasferendola all'acquirente a beneficio del fondo di quest'ultimo; così come più volte affermato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, la quale ha riconosciuto alla fattispecie natura reale proprio perché concernente una tipica facoltà inerente al diritto di proprietà. Essendo dunque assimilabile al trasferimento di un diritto reale di natura immobiliare, correttamente l'ufficio aveva applicato l'imposta di registro propria di tali trasferimenti, nonché le imposte ipotecarie e catastali. Questo anche in considerazione del fatto che nel contratto in esame (nel quale gli stessi R. avevano dato atto che dalla operazione sarebbe scaturita una plusvalenza da cessione di area edificabile da riportare nella dichiarazione dei redditi) trovavano specifica individuazione i terreni ai quali la cubatura si riferiva, come risultanti dalla citata Convenzione 17 aprile 2009 con il Comune di Latina, costituente atto presupposto.

§ 3. Con ordinanza n. 19152 del 15 settembre 2020, la Sezione Sesta — Tribu-

taria di questa Corte di Cassazione ha rimesso gli atti di causa al Primo Presidente, ex articolo 374, 2° co., codice procedura civile per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite sulla questione di massima di particolare importanza concernente "la qualificazione giuridica dell'atto di cessione di cubatura ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, apparendo altresì necessario indagare sui possibili effetti e sulla natura giuridica del diniego di autorizzazione da parte dell'amministrazione comunale rispetto all'eventuale imposizione fiscale applicata sul presupposto della qualificazione dell'atto di cessione come negozio immediatamente traslativo del diritto edificatorio. Parimenti necessaria risulterà la verifica delle ricadute ai fini fiscali delle sopravvenienze di carattere urbanistico successive alla cessione". L'ordinanza di rimessione ha innanzitutto evidenziato la rilevanza pratica della questione ai fini dell'imposizione di registro in termine fisso, a seconda che si renda applicabile alla fattispecie l'aliquota del 9% (8% all'epoca dei fatti di causa) prevista dall'articolo 1, Tariffa Parte I all. al d.P.R. 131/86 ("atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere ed atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, compresi la rinuncia pura e semplice agli stessi (...)"), ovvero l'aliquota del 3% residuale prevista dall'articolo 9 Tariffa Parte I cit. (atti diversi 'aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale'). Ha poi ricordato che, secondo le definizioni che ne sono state date dalla giurisprudenza sia di legittimità sia del Consiglio di Stato, per cessione di cubatura si intende generalmente un accordo tra proprietari di aree dotate del requisito di reciproca prossimità ed aventi la medesima destinazione urbanistica; un accordo, in particolare, in base al quale il proprietario di un'area edificabile (cedente) rinuncia su corrispettivo a sfruttare per sé la cubatura realizzabile sul proprio terreno così da consentire ad altro

CASSAZIONE

1116 proprietario (cessionario) di disporre di una maggiore volumetria sul suo terreno: “in altri termini, con la cessione di cubatura il proprietario del fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferisce definitivamente all’acquirente, a beneficio del fondo di costui” (ord. pag. 5). In tal maniera, la cubatura viene a costituire una *species* del *genus* costituito dai ‘diritti edificatori’ indistintamente intesi ed oggi contemplati, ai fini della trascrivibilità dei relativi contratti traslativi o costitutivi, anche dall’art. 2643 n. 2-*bis* cod. civ., come introdotto dal d.l. 70/2011, conv. in l. 106/11. L’ordinanza ripercorre quindi, fin dagli anni “40 del secolo scorso, la non uniforme giurisprudenza di legittimità sulla natura giuridica della cessione di cubatura o volumetria, enucleando i due fondamentali, ed inconciliabili, orientamenti che ne emergono: per un primo indirizzo, ripreso e fatto proprio dalla giurisprudenza della sezione tributaria, la cessione di cubatura ha ad oggetto il diritto di edificare quale manifestazione coesistente ed inerente al diritto di proprietà, assumendo con ciò la natura di atto traslativo di un diritto reale (Cass. nn. 10979/07, 7417/03); ora qualificato come servitù atipica (Cass. n. 2743/73), ora come diritto di superficie atipico (Cass. n. 1655/53), ora come limitazione legale al diritto di proprietà (Cass. 3334/76), ora come rinuncia abdicativa del cedente notificata al Comune (9081/98); in altri casi (Cass. nn. 2235/72, 641/73, 802/73, 1231/74, 250/75, 3416/75, 2017/75, 6807/88) la giurisprudenza non ha ritenuto necessario inquadrare giuridicamente ed in via generale la natura del trasferimento di cubatura nell’ambito di un particolare diritto reale tipico, osservando che, ai fini dell’imposta di registro secondo la disciplina *ratione temporis* applicabile, assumeva valore dirimente non tanto questo inquadramento, quanto l’accertamento dei presup-

posti minimi per la sua ‘assimilazione’ ai negozi certamente traslativi o costitutivi di diritti reali, come tali assoggettabili alla corrispondente tariffa proporzionale di registro (Cass. cit. nn. 2235/72, 802/73, 1231/74, 250/75, in applicazione del criterio impositivo della ‘maggiore analogia’ già previsto dall’articolo 8 del RD 3269/1923 sul registro); per un secondo indirizzo (Cass. n. 4245/81, 6807/88, 1352/96, 9081/98, più di recente 24948/18), per lo più riconducibile alla giurisprudenza della seconda sezione civile, la cessione di cubatura avrebbe invece natura meramente obbligatoria, risolvendosi nell’assunzione da parte del proprietario cedente dell’obbligo a prestarsi presso la pubblica amministrazione affinché quest’ultima rilasci il provvedimento concessorio — discrezionale e non vincolato — a favore del proprietario cessionario, ed a titolo di maggiorazione della cubatura già precedentemente a questi riconoscibile in base ai vigenti strumenti di pianificazione urbanistica; l’accordo di cessione avrebbe dunque efficacia solo obbligatoria ed interna tra gli stipulanti (non comportante alcun diretto ed immediato asservimento di un fondo a favore di un altro), posto che il trasferimento di cubatura — non soltanto nei confronti dei terzi, ma anche tra le stesse parti — sarebbe determinato esclusivamente dal provvedimento concessorio rilasciato dall’amministrazione comunale a favore del cessionario e sulla base del programma edificatorio da questi proposto.

§ 4. Il ricorso, dal Primo Presidente assegnato a queste Sezioni Unite, è stato fissato all’udienza pubblica del 23 marzo 2021 con avviso notificato il 20 gennaio 2021, ma trattato in camera di consiglio, in base alla disciplina dettata dal sopravvenuto art. 23, comma 8-*bis*, del decreto-legge n. 137 del 2020, inserito dalla legge di conversione n. 176 del 2020, senza l’intervento del Procuratore Generale e dei difensori delle parti, non avendo nessuno degli interessati fatto richiesta di discus-

sione orale. Il Procuratore Generale ha depositato requisitoria scritta concludendo per l'accoglimento del ricorso e l'affermazione del principio per cui: "in tema di imposta di registro, la cessione a titolo oneroso di volumetria originata da precedente 'compensazione urbanistica' è assoggettata all'imposta nella misura del 3%, mancando nei diritti edificatori oggetto di questa cessione il carattere di realtà, nonché l'inerenza al fondo di origine, essendo stati generati nell'ambito di una compensazione urbanistica e dotati quindi di perfetta ed autonoma ambulatorietà". Osserva il Procuratore Generale che, come è pacifico dagli atti di causa, la cessione in oggetto ha riguardato diritti edificatori attribuiti ai proprietari cedenti in forza di convenzione urbanistica compensativa della cessione gratuita al Comune di Latina di altri fondi destinati a pubblica utilità, con la conseguenza che "detti diritti, proprio in ragione dell'origine ora descritta, non hanno alcuna inerenza con il fondo originariamente ceduto al Comune di Latina dagli odierni cedenti della volumetria. Sicché alla fattispecie in esame sono riportabili molte delle affermazioni di codesta S.C. in sede di qualificazione ai fini Ici/Imu dei diritti oggetto di compensazione urbanistica (Cass. SSUU 23902/20)". Si aggiunge che: "anche in questa fattispecie, invero, la "realtà" fa certamente difetto, al pari dell'inerenza ad un fondo di "decollo", trattandosi di diritti edificatori di origine compensativa, intrinsecamente caratterizzati da loro totale distacco dal fondo di origine e dalla conseguente perfetta ed autonoma ambulatorietà". Secondo questa impostazione, pertanto, vi sarebbero elementi fattuali e giuridici per sottoporre la presente fattispecie al medesimo regolamento giuridico (nel senso del difetto di realtà ed inerenza) già recentemente stabilito da questa Corte di legittimità con riguardo all'imponibilità Ici/Imu dei diritti edificatori di tipo compensativo, e così riassunto in massima (SSUU

23902/20 cit.): "In tema di Ici, un'area già edificabile e poi assoggettata a vincolo di inedificabilità assoluta, ove sia inserita in un programma di "compensazione urbanistica" non è assoggettabile ad imposta, atteso che il diritto edificatorio compensativo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso". Entrambe le parti hanno depositato memoria.

§ 5.1. Due quesiti si pongono prima di affrontare il fondo della questione. Il primo deriva dalla complessità strutturale della fattispecie, insita nella interdipendenza di plurimi piani giuridici, a seconda che la natura e gli effetti della cessione di cubatura rilevino per l'ordinamento civilistico, per quello amministrativo-urbanistico, ovvero ancora (come nella specie) per quello tributario. La compresenza di vari livelli di interferenza rende legittimo il dubbio se la soluzione al problema debba per forza essere unitaria (nel senso di valevole per ogni ramo interessato dell'ordinamento), o se invece possa o debba essere articolata e molteplice in ragione di quella diversa rilevanza. Si tratta di un interrogativo che, per quanto concerne la materia impositiva, tocca da vicino il tanto dibattuto tema della autonomia del diritto tributario rispetto agli altri rami dell'ordinamento con i quali esso deve raccordarsi (specialmente proprio rispetto al diritto civile ed a quello amministrativo)/ ma che a ben vedere si ripropone, anche se in termini differenti, anche all'interno dello stesso ordinamento tributario, a seconda che gli effetti propri dell'atto di cessione di cubatura vengano ad esempio considerati — seppure nella unificante prospettiva della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. — ai fini dell'imposta di registro ed ipo-catastale, dell'imposta di successione e donazione, delle imposte di natura patrimoniale quali l'Ici o l'Imu, delle imposte sul reddito (art. 9, co. 5° e 67, co. 1°, lett. b) d.P.R. 917/86). Del problema vi è traccia

CASSAZIONE

anche nel non lineare *iter* giurisprudenziale di legittimità, nel quale si riscontrano affermazioni di sostanziale irrilevanza della qualificazione civilistica dell'atto una volta che se ne ravvisino i presupposti analogici autosufficienti di imponibilità (questo, per la verità, da parte della giurisprudenza più risalente ed in un contesto normativo diverso dal TUR: Cass. nn. 2235/72, 641/73, 802/73, 1231/74, 250/75, 3416/75, 2017/75, 6807/88 cit.), oppure che sembrano fondare il cambio di indirizzo dall'impostazione della 'realità' a quella della "obbligatorietà" (così qui drasticamente rievocato, ai soli fini in discorso, un panorama interpretativo pluridecennale in realtà assai più ricco e sfumato) proprio sulle peculiari e non estendibili esigenze di 'realità' proprie della sola materia fiscale. In Cass. n. 1352/96 si legge che: "è vero che nella stessa decisione (Cass. n. 6807/88) si è anche affermato che la cessione di volumetria produce effetti simili a quelli dei trasferimenti dai diritti reali immobiliari, tuttavia, come giustamente si è osservato in dottrina, tale precisazione si spiega con la peculiarità della fattispecie concreta, nell'ambito della quale doveva giustificarsi l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro al contratto oggetto della controversia tributaria". Questa affermazione riscontra una situazione del tutto oggettiva ed inconfutabile, costituita dal fatto che la tesi della realtà si è storicamente radicata, nella evoluzione interpretativa di legittimità, con specifico riguardo a fattispecie tributarie, soprattutto di imposta di registro; e ciò, in molti casi ancora in applicazione della disciplina antecedente a quella poi introdotta dal d.P.R. 131/86, e segnata da più ampi margini di imposizione secondo criteri di 'maggiore analogia' con istituti civilistici diversi. E tuttavia, non si ritiene che da essa possano trarsi argomenti a sostegno di una soluzione diversificata al problema, dal momento che l'individuazione della natura giuridica dell'atto si pone necessariamente a monte,

non a valle, dell'imposizione di registro, che questa natura giuridica non deve in alcun modo giustificare, restando ad essa soltanto di conformarsi. Va del resto considerato che — come di recente ribadito anche dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 158/20 e 39/21 — l'imposta di registro si presenta tutt'oggi come una tipica "imposta d'atto", in quanto applicata all'atto presentato alla registrazione (art. d.P.R. 131/86), intendendosi per tale un ben determinato negozio giuridico o un altro atto regolatore di un assetto di interessi che denoti forza economica e capacità patrimoniale. È dunque imprescindibile che l'applicazione dell'imposta implichi la previa esatta individuazione dell'atto da registrare e che questa individuazione, quando relativa all'attività negoziale delle parti contribuenti, muova a sua volta dalle categorie discreitive proprie del diritto civile (a cominciare dall'elemento causale). Il che deve avvenire, come stabilito dall'art. 20 d.P.R. 131/86, nella valutazione sostanziale della 'intrinseca natura' e degli 'effetti giuridici' dell'atto presentato. Di ciò si ha conferma operativa anche nell'impianto prettamente tariffario dell'imposta di registro il quale — nella tassazione proporzionale in termine fisso degli atti negoziali — determina l'aliquota dovuta in relazione all'oggetto ed agli effetti dell'atto stesso, con ciò di nuovo sollecitando la qualificazione giuridica dell'atto negoziale, tipico o atipico, secondo gli istituti e gli schemi propri del diritto civile. Di questo si ha evidenza proprio nella fattispecie qui in esame che si pone nell'alternativa tra l'aliquota del 9% prevista per gli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili e per gli atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento (art. 1 Parte Prima Tariffa all. al d.P.R. 131/86), e l'aliquota del 3% invece residualmente applicabile agli atti diversi aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale (art. 9). Va in definitiva escluso che possa pervenirsi ad una solu-

zione diversificata e fiscalmente orientata del problema della natura giuridica dell'atto di cessione di cubatura.

§ 5.2. Il secondo quesito è se la presente questione non debba ritenersi in certo senso 'già risolta' (eventualità prospettata sia nella memoria dei R. sia nelle conclusioni del Procuratore Generale) dalla su menzionata sentenza di queste Sezioni Unite (n. 23902/20, sopravvenuta all'ordinanza di rimessione) in materia di diritti edificatori compensativi e di loro circolazione. In tal caso il dubbio è reso legittimo dal fatto che la cessione di cubatura, pur mantenendosi certamente al di fuori del perimetro dei diritti edificatori direttamente generati dalla PA nell'ambito della c.d. urbanistica consensuale, dà comunque anch'essa luogo ad una forma di distacco e separata negoziazione dello *jus aedificandi* rispetto alla proprietà del suolo; per giunta, costituisce un dato pacifico di causa che la cubatura oggetto dell'atto di cessione dedotto nel presente giudizio origini in effetti anch'essa da una compensazione urbanistica convenzionalmente intercorsa tra i contribuenti e l'amministrazione comunale di Latina. Partendo da quest'ultimo aspetto, nitida è però la differenza tra la presente fattispecie e quella decisa con la richiamata sentenza. Nel caso qui in esame, come si è già notato (v. § 1.1), l'origine compensativa dell'indice di fabbricabilità costituisce un mero antecedente o, se si vuole, un semplice presupposto della cessione di cubatura, rimanendo in quanto tale esterna a quest'ultima. I R. hanno ceduto la cubatura quando si era ormai esaurita, con l'individuazione e l'assegnazione finale da parte del Comune dell'area di destinazione e sfruttamento, la procedura di compensazione urbanistica scaturita dalla pregressa cessione gratuita al Comune stesso di determinate aree già di loro proprietà e ricadenti nel PPE del quartiere E/1 Piccarello in Latina. Una volta perfezionatasi questa procedura di natura pubblicistica, il diritto

edificatorio attribuito a titolo di compensazione è dunque entrato definitivamente a far parte del loro patrimonio e, in quanto componente patrimoniale ormai acquisito e definito in tutti i suoi elementi costitutivi, esso è stato fatto oggetto del trasferimento a favore della I. s.r.l. Altrimenti detto, la cessione di cubatura qui dedotta non manifesta la volatilità caratteristica ed estrema del diritto edificatorio compensativo ancora in fase di assegnazione (oggetto specifico della sentenza n. 23902/20), essendo stata posta in essere dopo il completamento dell'ultimo segmento della fattispecie compensativa (potremmo anche dire, ad 'atterraggio' ormai avvenuto), il che rende in pratica ininfluenza la provenienza convenzionale della volumetria ceduta. In ordine all'altro aspetto, della prospettata incidenza in questa sede di quanto affermato nella sentenza in parola, non è in discussione che il problema della natura giuridica della cessione di cubatura debba effettivamente trovare una soluzione — nell'ambito della materia dei diritti edificatori globalmente considerati nella quale essa pur sempre si iscrive — in linea di continuità e coerenza con quella decisione, e tuttavia ciò è cosa ben diversa dall'affermare che esso trovi piana e scontata soluzione in quanto in quella sede già deciso. Si è appena evidenziata l'oggettiva diversità delle due fattispecie considerate e non sembra inutile ricordare che già nella sentenza in esame — relativa non all'imposta di registro (ma al presupposto della edificabilità dell'area ai fini Ici — si ebbe occasione di osservare, quanto a peculiarità distintive della figura negoziale, che nella cessione di cubatura faceva difetto qualsiasi finalità perequativo-compensativo-indennitaria, e che in essa: "il trasferimento (totale o parziale) della capacità edificatoria del fondo avviene — tra privati — a favore di un'area fin dall'inizio ben determinata, se non necessariamente contigua quantomeno prossima, e di destinazione urbanistica omogenea. Non vi è incidenza

CASSAZIONE

sulla pianificazione generale, attesa l'invarianza della cubatura complessiva, l'omogeneità delle aree coinvolte e l'estraneità alla cessione in sé della PA (per questo la si ritrova talvolta definita come intervento di "micropianificazione urbanistica ad iniziativa privata"), alla quale sarà tuttavia demandato di assentire il rilascio, a favore del cessionario, del permesso di costruire maggiorato della quota di cubatura trasferita". Anche a questo secondo quesito va dunque data risposta negativa.

§ 6. Consistente e diacronico, come si è osservato, è l'indirizzo giurisprudenziale che colloca la cessione di cubatura tra gli atti costitutivi o traslativi di un diritto reale. Esso si fonda sulla valorizzazione — nell'ambito di una fattispecie che, pur correlandosi al rilascio del titolo edilizio da parte della pubblica amministrazione, si assume a forte connotazione privatistica — del carattere prettamente dominicale ascrivibile allo sfruttamento edilizio del suolo e, per questa via, alla considerazione della edificabilità in termini di utilità intrinseca ed inerente a quest'ultimo (*qualitas fundi*). Si tratta di impostazione — avallata da parte della dottrina e sostenuta anche a livello di prassi notarile — storicamente radicata con riguardo alla previsione di diritti di rilocalizzazione privata della volumetria da parte di taluni piani regolatori generali di grandi città e, in particolare, al problema della riconoscibilità ad essi delle agevolazioni previste per i trasferimenti immobiliari dalla legge 408 del 1949 (I. Tupini). L'amministrazione finanziaria ha più volte richiamato e fatto proprio questo orientamento ricostruttivo, rimarcando a sua volta l'inerenza alla proprietà del suolo della cessione di cubatura (ritenuta comportare un effetto in tutto analogo a quello conseguente alla disposizione di un diritto reale), ponendolo a fondamento della maggior imposizione sia di registro sia di plusvalenza reddituale (Ris. n. 250948 del 17 agosto 1976; Circ. AE 233/E del 20 agosto 2009). Va però detto — e già questo

induce qualche prima perplessità sulla complessiva tenuta della tesi — che all'interno dell'indirizzo di realtà non si sono poi date risposte sempre univoche sul 'tipo' di diritto reale che verrebbe a costituirsi o a trasferirsi con l'atto di cessione di cubatura. Analoga frammentarietà di vedute si ha anche nella dottrina che sostiene questo indirizzo, non essendo in essa neppure mancate ricostruzioni dommatiche che individuano nell'istituto — a superamento del regime di numero chiuso — un diritto reale senz'altro atipico, o anche un diritto reale tipico (almeno in parte regolato dalla disciplina urbanistica), ma 'nuovo' rispetto a quelli disciplinati dal codice civile. Insoddisfacente, in particolare, risulta il richiamo al diritto di superficie, dal momento che nella cessione di cubatura non entrano in gioco gli effetti propri di quest'ultima, la quale presuppone, ex art. 952 cod. civ., l'alterità tra proprietà del suolo e proprietà della costruzione; mentre è invece connaturato all'istituto che il cessionario della cubatura eserciti il diritto di costruire (seppure incrementato di una quota parte di volumetria originatasi altrove) sul fondo proprio. Pur volendo in ipotesi aderire ad un'ottica di atipicità, non sembra che l'ordinamento consenta di basare l'assimilazione alla disciplina del diritto di superficie sulla forzata equiparazione (inevitabile nell'impostazione in esame) tra il diritto di costruire su terreno altrui (il che è connaturato alla superficie) ed il diritto del cessionario di costruire sul terreno proprio anche se (almeno in parte) in virtù di cubatura generata da terreno altrui. A maggior ragione considerando che, una volta perfezionatasi la cessione di volumetria in capo al cessionario, neppure avrebbe più senso dare risalto all'altruità d'origine della cubatura trasferita. Certamente più vicino alla realtà della fattispecie, nell'ambito dei diritti reali di godimento, è il richiamo allo schema della servitù prediale e, in particolare, alle figure della servitù *non aedificandi* (in caso di

cessione totale della cubatura assentita) ovvero *altius non tollendi* (in caso di cessione parziale). Anche in questo caso si è in presenza di una concezione fortemente privatistica dell'istituto, la quale pone l'assenso della pubblica amministrazione all'esterno della fattispecie costitutiva, rispetto alla quale esso fungerebbe da mera condizione di efficacia nelle forme della *condicio juris* (qualora prevista dal piano regolatore generale o dall'altra disciplina urbanistica), ovvero della *condicio facti* (se prevista come tale dalle parti nel contratto); neppure mancano, in dottrina, richiami all'assenso della PA quale, non già elemento accidentale del contratto, ma oggetto di presupposizione con incidenza causale sulla volontà negoziale. Va anche considerato che sul piano teorico la servitù consente, rispetto ad altri diritti reali, più ampi spazi ricostruttivi in ragione del peculiare atteggiarsi in essa del carattere di tipicità. Ciò nel senso che se la servitù è certamente autodeterminata e tipica nella individuazione legale dei suoi elementi costitutivi e portanti (in primo luogo nella essenzialità della relazione di asservimento di un fondo a vantaggio di un fondo contiguo), la determinazione del contenuto pratico di questa relazione e delle sue concrete modalità di svolgimento e manifestazione è poi ampiamente demandata (nelle servitù volontarie) all'autonomia delle parti ed alla finalizzazione e qualificazione della servitù a seconda delle più eterogenee esigenze di asservimento-utilità (agricole, industriali, edilizie ecc...) assegnate dalle parti stesse ai fondi. Ed infatti l'adozione, in materia, dello schema della servitù, ovvero — come anche si legge — dell'asservimento del terreno per scopi edificatori, scaturisce dall'assunto, più volte ribadito in giurisprudenza, secondo cui: "le pattuizioni con le quali vengono imposte, a carico di un fondo ed a favore del fondo confinante, limitazioni di edificabilità restringono permanentemente i poteri connessi al proprietario dell'area gravata e mirano ad assicu-

rare, correlativamente, particolari utilità a vantaggio del proprietario dell'area contigua. Pattuizioni siffatte si atteggianno, rispetto ai terreni che ne sono colpiti, a permanente minorazione della loro utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario ed attribuiscono ai terreni contigui un corrispondente vantaggio che inerisce ai terreni stessi come *qualitas fundi*, cioè con carattere di realtà così da inquadrarsi nello schema delle servitù" (Cass. nn. 2743/73, 1317/80, 4624/84, 4770/96, 3937/01, 14580/12). E tuttavia, quando si tratti di raccordare la servitù con la peculiarità del "diritto edificatorio" in quanto tale, e con le connessioni pubblicistiche che perciò soltanto ne derivano, anche questa — pur accreditata — tesi qualificatoria mostra vari ed insuperabili profili di inadeguatezza. Un primo aspetto concerne l'incidenza esplicita dal ruolo della PA nel rilascio del permesso di costruire maggiorato; incidenza che comporta, se non il formale innesto dell'accordo negoziale tra i privati nell'ambito del procedimento amministrativo di rilascio del titolo edilizio, quantomeno la dipendenza degli effetti pratici dell'atto di cessione di cubatura da un elemento estraneo, ma tutt'altro che secondario ed accidentale, all'atto costitutivo o traslativo in sé. Ciò pone evidentemente in crisi, nella dialettica 'pubblico-privato', i requisiti di immediatezza e di assolutezza che contraddistinguono i diritti reali e, tra questi, la servitù. Un secondo e correlato aspetto attiene al fatto che alla cessione di cubatura si associa normalmente l'assunzione da parte del cedente di un obbligo specifico, rappresentato dalla prestazione di consenso al rilascio, da parte dell'amministrazione comunale, del permesso di costruire per cubatura maggiorata. Sennonché, questo contenuto di 'fare' si pone di per sé in conflitto con la natura della servitù la quale, nel caso di specie, verrebbe in pratica a connotarsi per il cumulo sia di una componente negativa o passiva in essa strutturale (di 'non fare')

CASSAZIONE

relativamente alla inedificabilità del fondo servente, e di ‘patii’ relativamente all’accettazione della edificazione in esubero sul fondo dominante), sia di una componente positiva del tutto incompatibile (di attivazione personale in sede amministrativa). Non varrebbe obiettare che il brocardo “*servitus in faciendo consistere nequit*” non trova nell’ordinamento attuazione assoluta e totalizzante, dal momento che l’articolo 1030 del codice civile, dopo aver affermato la regola generale secondo cui il proprietario del fondo servente non è tenuto a compiere alcun atto per rendere possibile l’esercizio della servitù da parte del titolare, fa però sempre salvo “che la legge o il titolo disponga altrimenti”, e qui la diversa disposizione sarebbe appunto data dal titolo (o addirittura dalla disciplina urbanistica). Va infatti considerato che la prestazione di ‘fare’ da parte del proprietario del fondo servente non è incompatibile con la servitù solo a condizione che non comporti l’erogazione di una utilità diretta (nella specie, l’incremento di volumetria sul fondo di dominio) e che abbia natura meramente accessoria; e tale certo non può considerarsi un’attività essenziale al raggiungimento dello scopo pratico perseguito dalle parti qual è appunto la partecipazione del cedente al procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire. Si è dunque lontani dall’imposizione di un ‘fare’ strumentale a rendere semplicemente più comoda od efficace la fruizione dell’utilità, venendo piuttosto in considerazione una prestazione positiva e centrale dal cui adempimento deriva l’esistenza stessa dell’utilità. Un terzo elemento di criticità riguarda il requisito della vicinanza tra i fondi. Nel caso della cessione di cubatura non è detto che i fondi debbano essere confinanti, essendo invece essenziale che essi siano compresi all’interno della medesima zona urbanistica, così da partecipare della medesima destinazione e degli stessi standard edificatori (prossimità di zona). È proprio

il collegamento di entrambi i fondi interessati con la stessa zona di intervento e pianificazione che rende legittimo e meritevole di tutela l’istituto (difatti sviluppatosi nella prassi proprio a seguito dell’introduzione delle tecniche di standardizzazione ex l. 765/67) facendo sì, per un verso, che l’alterazione privatistica della volumetria fruibile risulti sostanzialmente indifferente, visto il rispetto complessivo della densità edilizia programmata, per le scelte distributive e di governo del territorio; e che, per altro verso, sia evitato ogni fenomeno di migrazione delle cubature verso zone diverse del territorio cittadino, con conseguenti patologici effetti tanto di svuotamento quanto di affollamento del carico edilizio urbano. È vero che il requisito della vicinanza tra i fondi va inteso in senso non strettamente fisico o topografico, ma dinamico e funzionale all’utilità; già Cass. n. 914/62 (innumerevoli volte ripresa) ebbe ad osservare che: “perché possa configurarsi un diritto di servitù non è richiesto il requisito della contiguità tra i fondi, o della loro *Vicinitas*”, ma è sufficiente che, di fatto, il fondo dominante e quello servente si trovino in posizione tale tra loro per cui sia attuabile ed esercitabile, per l’utilità del primo, l’imposizione di un peso sul secondo”. E tuttavia, il riferimento alla nozione di zona — salvo che non si voglia imboccare la strada, impervia perché priva di base legale, del diritto reale nuovo o atipico (nel senso della insuperabilità del principio del numero chiuso e di tipicità dei diritti reali, di recente, Cass. SSUU n. 28972/20) — trascende questo concetto di vicinanza quand’anche recepito nella sua più estesa accezione di vicinanza o utilità urbanistica, ben potendo concepirsi che la cessione di cubatura coinvolga terreni non contigui, anche se appartenenti ad un’area morfologicamente comune e, in ipotesi, dipendenti dagli stessi strumenti regolatori e dalle stesse strutture di urbanizzazione. Vi è ancora da chiedersi se la tesi della realtà possa essere in certo senso recuperata in-

dividuando nella cessione di cubatura non un atto costitutivo o traslativo di una prerogativa proprietaria, ovvero di un diritto reale immobiliare, bensì un atto di rinuncia pura e semplice ad essi. Evenienza, questa, che basterebbe ad integrare il presupposto dell'imposizione proporzionale di registro ex art. 1 tariffa TUR, cit..

Neppure la soluzione della realtà per abdicazione appare però praticabile. La cessione della volumetria — di regola — avviene a favore di un soggetto ben individuato in quanto proprietario di un fondo avente i requisiti di accoglienza della maggiore edificabilità. Per quanto non inconcepibile in astratto, esula dal fenomeno qui in esame la rinuncia pura e semplice (dunque non traslativa) alla cubatura, intesa quale cessione “*ad incertam personam*” ovvero quale restituzione al Comune dell'indice di fabbricabilità già assegnato. Si tratta di situazioni prive di riscontro pratico — anche in considerazione della rilevanza economica rivestita dall'operazione — nelle quali ogni altro proprietario di fondi ricompresi nella stessa zona urbanistica sarebbe in ipotesi legittimato a chiedere ed ottenere dal Comune l'assegnazione del *surplus* edificatorio rappresentato dalla cubatura relitta. Se poi si volesse ravvisare anche nella stessa cessione corrispettiva di cubatura — oggetto precipuo della questione — una natura indirettamente abdicativa della facoltà di utilizzare ‘per sé’ la cubatura trasferita — con rinuncia da notificare al Comune in vista del rilascio del maggior titolo edilizio a favore del cessionario — la tesi apparirebbe finanche sostanzialmente inutile ai fini che interessano, trattandosi pur sempre di qualificare la natura (reale o meno) del diritto dismesso, il che riporterebbe alla tematica generale della qualificazione giuridica dell'atto (v. Cass. nn. 4245/81; 9081/98 cit.).

§ 7. L'opposto filone interpretativo, ancora recentemente ribadito, esclude che la cessione di cubatura consista in un atto

traslativo, ed ancor meno costitutivo, di un diritto reale. Si afferma in esso (Cass. n. 18291/20, con ulteriori richiami) che “la cosiddetta cessione di cubatura presuppone il perfezionamento di un accordo con il quale una parte (il proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinché la cubatura (o una parte di essa) che gli compete in base agli strumenti urbanistici venga attribuita dalla P.A. al proprietario del fondo vicino (cessionario), compreso nella stessa zona urbanistica, così consentendogli di chiedere ed ottenere una concessione per la costruzione di un immobile di volume maggiore di quello cui avrebbe avuto altrimenti diritto (Cass. n. 20623 del 2009; Cass. n. 12631 del 2016)”. Si aggiunge che il trasferimento della cubatura — nei confronti dei terzi, così come tra le parti — deriva però “esclusivamente dal provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia all'utilizzazione della volumetria manifestata al Comune dal cedente, aderendo al progetto edilizio presentato dal cessionario, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario (Cass. n. 1352 del 1996, in motiv.; Cass. n. 20623 del 2009 in motiv.)”; e che, pertanto, l'accordo tra le parti “ha un'efficacia meramente obbligatoria tra i suoi sottoscrittori e non è, quindi, configurabile come un contratto traslativo (e, tanto meno, costitutivo) di un diritto reale opponibile ai terzi (Cass. n. 24948 del 2018)”. Come osservato da Cass. n. 20623/09, cit., “nella cessione di cubatura si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva in cui confluiscano, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo; a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia del cedente, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario, non essendo configurabile tra le parti un

CASSAZIONE

contratto traslativo". Dalla natura, non traslativa né costitutiva di un diritto reale bensì meramente obbligatoria e vincolata all'assenso della PA, vengono poi tratte varie importanti conseguenze, quali: l'atto non richiede la forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350 cod. civ.; l'interpretazione della reale volontà delle parti può anche desumersi, per *facta concludentia*, dal comportamento complessivo dei contraenti successivo alla stipulazione (come nell'ipotesi in cui la volontà di cedere la cubatura venga desunta dalla dichiarazione di adesione resa dal cedente direttamente alla PA); il mancato rilascio del permesso di costruire nonostante la conforme attivazione del cedente presso la PA determina l'inefficacia del negozio, non la sua risoluzione per inadempimento. Anche la giurisprudenza amministrativa — premessa la piena legittimità del titolo edilizio autorizzativo che venga rilasciato con riguardo ad una cessione di cubatura assistita dai già richiamati requisiti quali-quantitativi di omogeneità urbanistica — colloca l'atto in questione in un contesto di tipo meramente obbligatorio. Essa si spinge anzi anche più in là, osservando come un atto negoziale vero e proprio (ad effetti obbligatori o reali) non sia in realtà neppure necessario al fine di ottenere il rilascio del permesso di costruire maggiorato, "essendo sufficiente l'adesione del cedente, che può esser manifestata o sottoscrivendo l'istanza e/o il progetto del cessionario, o rinunciando alla propria cubatura a favore di questi o notificando al Comune tale sua volontà, mentre il c.d. vincolo di asservimento, rispettivamente a carico e a favore del fondo, si costituisce, sia per le parti che per i terzi, per effetto del rilascio della concessione edilizia, che legittima lo *ius aedificandi* del cessionario sul suolo attiguo" (Cons. Stato 3636/00; v. anche, tra le molte, Cons. Stato nn. 15767/20; 4861/16; 530/91). Va detto che neppure l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità qui in esame può dirsi del tutto indenne da criti-

che e perplessità. Come osservato dalla dottrina, si tratta di un indirizzo che sposta eccessivamente il baricentro della fattispecie sul suo lato pubblicistico, attribuendo all'accordo tra i privati una funzione meramente preparatoria o preliminare in vista della realizzazione del nucleo sostanziale di interesse comune posto all'esterno della volontà negoziale, e costituito dal rilascio del permesso di costruire per cubatura aumentata. In quest'ottica si leggono quelle decisioni che — peraltro in linea con la richiamata giurisprudenza amministrativa — hanno marginalizzato l'accordo privatistico, ravvisandolo anche solo sul piano comportamentale dell'adesione del cedente alla pratica amministrativa introdotta dal cessionario (ad esempio mediante la mera sottoscrizione da parte del primo del progetto edificatorio sottoposto dal secondo all'approvazione della PA). Sotto questo profilo, la volontà delle parti rileva essenzialmente nel momento in cui essa, venendo comunicata all'amministrazione comunale, viene a costituire un elemento interno al procedimento amministrativo. Il che sembra non dare compiutamente contezza di un atto di disposizione patrimoniale di estremo rilievo sul piano privatistico, nel suo risvolto sia giuridico (trattandosi pur sempre di comprimere ovvero incrementare la potestà edificatoria insita nel diritto di proprietà) sia economico (posto che non di rado il valore della cubatura assorbe ed esaurisce la massima parte del valore di mercato del suolo). Soprattutto, l'affermazione secondo cui il trasferimento di cubatura non dipenderebbe dall'accordo tra le parti, ma solo ed esclusivamente dal rilascio del permesso di costruire da parte della PA, pare non tenere in debito conto il fatto che, nell'attuale ordinamento, il diritto di edificare è insito nella proprietà del suolo, essendo dato all'amministrazione soltanto di regolarne l'esercizio conformemente ai piani ed agli strumenti urbanistici di governo territoriale, non già di discrezional-

mente “costituirlo” e neppure di “trasferirlo” da un privato all’altro. Emblematica, in tal senso, è l’evoluzione normativa, interpretativa e terminologica che ha segnato il passaggio dalla concessione edilizia di cui alla l. n. 10/77 sulla edificabilità dei suoli al vigente regime autorizzatorio del permesso di costruire ex art. 10 d.P.R. 380/11 (TUE). Già nella sentenza SSUU n. 23902/20 cit. si osservava — intorno ai diritti edificatori scorparabili dal suolo di origine — come essi non neghino ma anzi presuppongano, consentendone variamente l’esercizio delocalizzato, che lo *jus aedificandi* costituisca una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà del suolo, sebbene sottoposto alle condizioni conformative e di utilità sociale previste dalla legge e dagli strumenti urbanistici; il che trova conferma in quanto già affermato, ai fini della determinazione dell’indennità di esproprio, dalla Corte Costituzionale con la fondamentale sentenza n. 5/1980, ed ancora in quanto recentemente ribadito da queste stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 7454/20.

§ 8. Stabilisce l’articolo 2643 del codice civile che devono rendersi pubblici col mezzo della trascrizione (n. 2-bis): “i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”. La disposizione, introdotta dal decreto sviluppo 2011 (d.l. 70/11 convertito con modificazioni nella l. 106/11), rappresenta un primo ed embrionale momento di tipizzazione codicistica dei diritti edificatori, anche se segnata da evidenti limiti (già segnalati da Cass. SSUU 23902/20 cit.) nell’assenza: — di una definizione contenutistica e di sostanza, avendo il legislatore scelto di fare richiamo generico ed onnicomprensivo ai diritti edificatori ‘comunque denominati’, senza neppure tentare di delinearne gli elementi caratteristici essenziali; di una disciplina fondamentale uniforme (se non per quanto concerne la trascrivibilità), essendosi per il

resto preferito rinviare alle eterogenee regolamentazioni che, a diverso titolo, risultano applicabili ai diritti edificatori in applicazione di normative speciali di matrice, soprattutto, regionale e di pianificazione territoriale. Ciò non toglie che dalla previsione in esame, dettata da esigenze di certezza ed opponibilità circolatorie, possano e debbano trarsi importanti contributi interpretativi circa la qualificazione giuridica della cessione di cubatura, appunto considerata — una volta riconosciuto in essa il tratto saliente costituito, al contempo, dal distacco del diritto di costruire dal fondo di generazione e dalla sua autonoma e separata negoziabilità — quale specie del genere ‘diritti edificatori’. Un primo elemento ricostruttivo è dato dal definitivo allontanamento dell’istituto dall’ambito di realtà nel quale secondo alcuni si collocava. In proposito, va rilevato non solo che l’elenco degli atti soggetti a trascrizione ex articolo 2643 non presuppone necessariamente il carattere ‘reale’ dell’atto, posto che la legge ammette la trascrizione anche di atti relativi a beni immobili che rivestono pacifica natura obbligatoria, come i contratti di locazione ultranovennale (art. 2643 n. 8) ovvero i contratti preliminari (art. 2645-bis), ma anche che una specifica ed autonoma previsione di trascrivibilità dei ‘diritti edificatori’ in quanto tali non avrebbe avuto ragion d’essere, né logica né pratica, qualora questi ultimi, partecipando di natura reale, risultassero comunque già prima trascrivibili in base alla disciplina generale (per le servitù, in particolare, ai sensi del n. 4). Da questo punto di vista, l’introduzione nell’ordinamento del n. 2-bis costituisce un pesante argomento sistematico a sostegno dell’indirizzo della non realtà dell’atto di cessione di cubatura, là dove si rimproverava a quest’ultimo (per ragioni uguali e contrarie a quelle per le quali si dava invece credito all’indirizzo opposto) di inficiare, precludendone la pubblicità, proprio le esigenze di certezza ed opponibilità coesenziali ad

CASSAZIONE

uno strumento negoziale così rilevante e diffuso. A ciò si aggiunge, non ultimo, che l'esplicito riconoscimento del ruolo di normazione assegnato in materia alla legislazione regionale, ed addirittura agli strumenti urbanistici distribuiti sul territorio, mal si concilia con l'esigenza che le restrizioni 'reali' al diritto di proprietà rinvenienti dall'ordinamento civile vengano dettate in maniera uniforme e centralizzata, ex articolo 117 lett. l) Cost., dal legislatore statale. Un secondo elemento è dato dal fatto che quest'ultimo qualifica i diritti edificatori — appunto — come 'diritti'. Si tratta di una presa di posizione che non è solo semantica e che se, per un verso, rimarca la derivazione proprietaria del diritto di costruire, si discosta, per altro, da tutte quelle — pur argomentate ed accreditate — impostazioni dottrinarie che individuano, nella figura in esame, ora una posizione giuridica soggettiva meno piena (perché di interesse legittimo pretensivo sul piano pubblicistico e di semplice chance o aspettativa edificatoria su quello negoziale), ora il prodotto ultimo di un processo di oggettivazione ex art. 810 cod. civ., che renderebbe il "bene cubatura" più simile ad una cosa oggetto di diritti (salvo poi disputarne l'essenza immobiliare, mobiliare, virtuale, immateriale o di frutto del fondo) che ad un diritto in sé. Così come ancora più distante appare la scelta del legislatore da quelle concezioni secondo cui la cubatura non sarebbe, in verità, né un diritto né una cosa, ma soltanto un numero-indice espressivo, nel rapporto tra metri quadrati e metri cubi, della misura della risorsa edificatoria disponibile in capo al proprietario sulla 'colonna d'aria' sovrastante il suo fondo. Un terzo elemento è dato dalla collocazione dell'istituto all'interno del sistema di tutela dei diritti per mezzo della trascrizione, a sua volta intrinsecamente connesso alla vicenda traslativa, costitutiva o modificativa (n. 2-bis: "i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori

..."). È, dunque, chiara l'opzione legislativa secondo cui i diritti edificatori, non solo sono genericamente disponibili per contratto, ma tra le parti vengono costituiti, trasferiti e modificati direttamente per effetto di questo, e non di altro. Il che comporta la netta rivalutazione del sostrato privatistico della cessione di cubatura, ricollocando l'effetto traslativo suo proprio nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti, non già del procedimento amministrativo. Da qui l'estendibilità alla materia del principio consensualistico di cui all'articolo 1376 del codice civile, secondo il quale nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di un diritto (anche diverso dalla proprietà di cosa determinata o da un diritto reale) questo si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato. Resta naturalmente, una volta che alla cessione di cubatura consegua la presentazione da parte del cessionario di un progetto edificatorio su di essa basato, il ruolo autorizzativo e regolatorio del permesso di costruire, per il cui rilascio il cedente è tenuto ad operare secondo il dovere generale di solidarietà, cooperazione, correttezza e buona fede. Si tratta appunto di un elemento che concorre non al trasferimento in sé tra i privati della cubatura, quanto alla sua fruibilità in conformità alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie, alle quali il cessionario dovrà ispirarsi mediante la presentazione di un progetto edificatorio assentibile perché ad esse rispondente. In quanto elemento esterno di regolazione pubblicistica di un diritto di origine privatistica, il permesso di costruire — seppure per certi versi anomalo perché chiesto e rilasciato per una volumetria aumentata — continua ad operare su un piano non dissimile da quello 'normale' dei provvedimenti genericamente ampliativi della sfera giuridica del privato e, segnatamente, da quello che regola ordinariamente l'esercizio diretto dello *jus aedificandi* da parte del proprietario. Va ancora osservato come tutte le

implicazioni di non-realtà che si sono qui individuate non comportino la negazione dell'inerenza al fondo del diritto sulla cubatura ceduta, quanto l'attribuzione ad essa di un'incidenza più identitaria e funzionale (di necessario collegamento con un determinato suolo tanto di origine quanto di destinazione) che coesistente alla natura dell'istituto; ciò sul presupposto fondante del fenomeno stesso dei 'diritti edificatori', sempre insito — anche se con connotati di varia intensità — nel loro scorporo dal fondo di produzione e nella ritenuta meritevolezza della loro circolazione separata.

§ 9. Tornando all'imposta di registro — oggetto precipuo della questione rimessa alle Sezioni Unite — non può dunque fondatamente concludersi che nel caso di cessione di cubatura vi siano i presupposti per l'applicazione dell'aliquota proporzionale prevista dalla tariffa per gli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà immobiliare ovvero traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari. Analogamente è a dire, per il caso di trascrizione e voltura, con riguardo all'imposta ipotecaria e catastale la quale dovrà essere applicata nella misura fissa propria degli atti diversi da quelli traslativi o costitutivi di un diritto reale immobiliare. Non si disconosce che questa soluzione può apparire per certi versi incongrua nell'emersione (richiamata dall'Amministrazione Finanziaria) di un diverso trattamento fiscale a seconda che l'atto presentato alla registrazione sia una cessione di cubatura, piuttosto che un trasferimento della proprietà di un fondo edificabile; ciò perché, come si è già ad altro fine osservato, non è raro che il valore venale del terreno edificabile venga di fatto a praticamente identificarsi con quello della cubatura su di esso esercitabile. In questa situazione l'incoerenza di sistema sarebbe data, in particolare, dal fatto che atti dispositivi realizzativi di un medesimo scopo pratico e rivelatori di una capacità contributiva sostanzialmente sovrappo-

nibile siano fiscalmente colpiti in maniera differente, e solo in funzione del tipo di strumento negoziale prescelto dalle parti. Va però considerato che — ferma restando l'insindacabile autonomia del legislatore, con l'unico limite dell'arbitrio e della irragionevolezza, nel modulare il principio di capacità contributiva *ex art. 53 Cost.* selezionando le varie fattispecie imponibili ed il trattamento a ciascuna spettante (da ultimo, *C. Cost. sent. 201/20*) — la denunciata disparità si evidenzerebbe nel solo ritorno di mercato dell'operazione, cioè nella ricchezza generata dalla alienazione dell'asset, mentre l'imposizione di registro (*art. 20 TUR*) presuppone che l'atto venga qualificato e sottoposto a tariffa in ragione dei suoi effetti giuridici, non economici (*v. C. Cost. 158/20 cit.* che ha ritenuto costituzionalmente compatibile questa opzione legislativa). E sul piano degli effetti giuridici, trasferire la proprietà di un fondo edificabile e cederne, seppure totalmente, la cubatura — come si è fin qui argomentato — sono cose sotto molti aspetti differenti.

§ 10. In definitiva, il ricorso dei contribuenti — unificati e ritenuti fondati i motivi da loro proposti *ex art. 360, 1° co. n. 3 cod. proc. civ.* — va accolto in forza del seguente principio di diritto: "la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: — immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; — non richiedente la forma scritta *ad substantiam ex art. 1350 cod. civ.*; — trascrivibile *ex art. 2643, n. 2-bis cod. civ.*; — assoggettabile ad imposta proporzionale di registro come atto 'diverso' avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale *ex art. 9 Tariffa Parte*

CASSAZIONE

Prima allegata al d.P.R. 131/86 nonché, in caso di trascrizione e voltura, ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa ex artt. 4 Tariffa allegata al d.lgs. 347/90 e 10, co. 2, del medesimo d.lgs.”. Ne segue la cassazione della sentenza della Commissione Tributaria Regionale del Lazio n. 677/11/18 del 6 febbraio 2018. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, sussistono i presupposti per la decisione nel merito, ex articolo 384 cod. proc. civ., mediante accoglimento del ricorso originario dei contribuenti ed annullamento dell’avviso di li-

quidazione opposto. Le spese dell’intero giudizio vanno compensate per l’evidente controvertibilità della questione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e decide nel merito mediante accoglimento del ricorso originario dei contribuenti ed annullamento dell’avviso di liquidazione opposto; compensa le spese dell’intero giudizio. Così deciso nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili in data 23 marzo 2021.

(1) Gli strumenti di micropianificazione urbanistica negoziale e la loro natura. Il *genus* eterogeneo dei diritti edificatori e la *species* primigenia della cessione di cubatura

1128

SOMMARIO: 1. L’atto negoziale di cessione di cubatura e l’interferenza su di esso del provvedimento amministrativo di rilascio. — 2. La cessione di cubatura quale antecedente storico della categoria unitaria dei diritti edificatori trascrivibili. — 3. Il credito edilizio a favore dei privati nelle “nuove” forme dei diritti edificatori perequativi, compensativi e premiali. — 4. L’interrogativo rimesso alle Sezioni Unite. — 5. La *vexata quaestio* sulla natura giuridica dei diritti edificatori e il tentativo vano di ascriverli a categorie tipiche. — 6. Brevi riflessioni conclusive.

1. *L’atto negoziale di cessione di cubatura e l’interferenza su di esso del provvedimento amministrativo di rilascio.* — Le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza annotata ritornano, a neppure un anno di distanza dalla pronuncia n. 23902 del 2020, sull’annosa questione della natura giuridica della cessione di cubatura. La necessità di definire i confini giuridici della cessione di cubatura non è meramente qualificatoria, inserendosi essa in una materia multidisciplinare che interseca profili sostanziali ed applicativi del diritto privato, del diritto amministrativo e non meno rilevante — come avremo modo di vedere nel caso di specie — del diritto tributario. Si tratta di un istituto risalente nel tempo che ha sempre sofferto dell’assenza di una regolamentazione tipica che ne stabilisse espressamente i contenuti e gli effetti. Il fenomeno, tra l’altro, ha assunto nuova linfa vitale e portata decisamente più ampia con l’ingresso nell’ordinamento di nuovi accordi di pianificazione urbanistica aventi ad oggetto la circolazione dei diritti edificatori, categoria unitaria ma eterogenea di cui la cessione di cubatura rappresenta una *species* a sé stante. L’unico intervento legislativo, il D.L. n. 70/2011, art. 5, co. 3, convertito nella legge del 12 luglio 2011, n. 106, che ha novellato l’art. 2643, al comma 1 del Codice civile, inserendo il n. 2-*bis*, non ha previsto alcunché sulla disciplina applicativa, sancendo solo l’obbligo di trascrizione per i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale.

Come spesso accade, è stata l’evoluzione giurisprudenziale — non senza contraddizioni — a stabilire volta per volta i caratteri propri dell’atto di cessione, il quale viene

unanimamente definito (1) come l'accordo (*rectius* contratto) tra proprietari di aree edificabili dotate del requisito della prossimità ed aventi la medesima destinazione urbanistica, attraverso il quale il cedente limita il proprio diritto dominicale rinunciando in tutto o in parte, a titolo oneroso, a sfruttare per sé la cubatura realizzabile sul proprio terreno. Contestualmente, egli trasferisce la cubatura corrispondente al cessionario cosicché possa disporre di una maggiore volumetria rispetto a quella a lui spettante originariamente, nel rispetto della pianificazione urbanistica locale a beneficio del suo fondo (2). Ai fini della concreta edificabilità della volumetria, sarà necessario il rilascio di un titolo abilitativo da parte della pubblica amministrazione secondo la normativa vigente (3).

Le tesi privatistiche hanno sempre valorizzato l'aspetto propriamente negoziale dell'atto "traslativo" di cessione. Le tesi pubblicistiche hanno invece faticato ad abbandonare la tradizionale visione di supremazia del soggetto pubblico. Esse consideravano il provvedimento di rilascio come concessorio in quanto attributivo/costitutivo dell'*jus aedificandi* e non come — correttamente dovrebbe affermarsi — atto volto a rimuovere puramente e semplicemente un limite al libero esercizio del medesimo, in quanto trattasi di diritto già sorto e acquisito dal privato cessionario per effetto del trasferimento della volumetria. I dubbi interpretativi non sono in realtà casuali ma affondano le loro radici nella confusione terminologica creata dallo stesso legislatore nella regolamentazione della materia di pianificazione urbanistica e di edificabilità dei suoli (4). La normativa che si è susseguita nel tempo ha segnato il passaggio dalla licenza edilizia di cui alla L. n. 765/1967 (c.d. Legge Ponte), alla concessione edilizia di cui alla L. n. 10/1077 (c.d. Legge Bucalossi), al vigente regime del permesso di costruire *ex art.* 10 d.P.R. n. 380/2011 (Testo Unico dell'edilizia). L'alternarsi di un provvedimento ora di natura autorizzatoria, poi concessoria e ancora autorizzatoria, ha spesso svilito il contenuto privatistico sostanziale dell'*jus aedificandi*. L'interferenza del regime urbanistico ne ha messo in crisi il suo significato ermeneutico. Si rammenta la legge urbanistica n. 1150/1942 ove il diritto dominicale — a seguito del superamento della visione della proprietà come diritto naturale del codice abrogato del 1895 — già era assoggettato al controllo e alle limitazioni pubbliche (art. 31). La soggezione del diritto di costruire al provvedimento amministrativo di rilascio porta con sé l'interrogativo inevitabile se esso debba intendersi come facoltà intrinseca del diritto di proprietà, in quanto espressione del potere di godere e disporre in maniera piena ed esclusiva del bene (art. 832 cod. civ.), ovvero come facoltà

(1) Cass., Sez. Trib., ord. 15 settembre 2020, n. 19152. Cons. Stato, 4 maggio 2006, n. 2488, in *Vita not.* 2007, p. 227.

(2) F. FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Cont. e impr.*, 2011, p. 632 ss.; A. CECCHERINI, *Asservimento di area edificabile cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2009, II, p. 557.

(3) Cass. Pen., 11 ottobre 2012 n. 40111. L'efficacia della volontà del proprietario cedente costituisce, all'interno del procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire, presupposto di tale provvedimento, così che il trasferimento di volumetria si realizza soltanto con il rilascio finale del titolo edilizio. Peraltro, soltanto per effetto del rilascio del provvedimento amministrativo si costituisce il vincolo di asservimento che, senza oneri di forma pubblica o di trascrizione, incide definitivamente sulla disciplina urbanistica ed edilizia delle aree interessate.

(4) M.S. GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata* (1971), in *Scritti*, VI, Milano, 2005, p. 185 ss.; M. PACELLI, *La pianificazione urbanistica nella Costituzione*, Milano, 1966.

CASSAZIONE

esterna alla proprietà, in forza della quale il proprietario ne acquista la titolarità solo a seguito dell'ottenimento della concessione pubblica, vantando verso la pubblica amministrazione una mera aspettativa (5).

Il Testo Unico sull'edilizia attraverso la previsione autorizzatoria del permesso di costruire ha in qualche modo fatto chiarezza sul punto. Sarebbe riduttivo sostenere che il diritto di sfruttamento del suolo a fini edificatori venga acquisito dal proprietario solo a seguito dell'intervento provvedimentale della pubblica amministrazione. In un'area urbanistica edificabile, il rilascio del titolo abilitativo funge da condizione necessaria al libero esercizio del diritto a edificare, il quale è già parte integrante del diritto dominicale corrispondente. Permangono problemi interpretativi sulla natura degli atti di trasferimento della volumetria.

2. *La cessione di cubatura quale antecedente storico della categoria unitaria dei diritti edificatori trascrivibili.* — La cessione di cubatura rappresenta l'antecedente storico della categoria eterogenea dei diritti edificatori. L'istituto nella sua versione primigenia impone talune limitazioni applicative sia sul piano contenutistico che effettuale (6). Da una parte il requisito della prossimità dei fondi determina la possibilità di cedere la potenzialità volumetrica solo laddove i terreni interessati siano topograficamente finitimi o contigui pur non confinanti. Necessaria la medesima destinazione urbanistica e l'altezza soggettiva secondo cui i terreni interessati devono appartenere a soggetti diversi (7). L'effetto del trasferimento della cubatura — prima della norma che sancisse la trascrivibilità del contratto — era puramente obbligatorio. Da qui l'inopponibilità della cessione ai terzi e il vuoto di tutela del primo acquirente dinanzi ad una doppia vendita della medesima volumetria. Nel rapporto *inter partes* residuava solo una responsabilità da inadempimento a carico del cedente con conseguente risarcimento del danno a favore del cessionario (art. 1218 c.c.) e la possibilità di esperire il rimedio della risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.) (8).

Le rigidità dell'istituto vengono in parte superate dalla categoria generale dei diritti edificatori, intesa come strumento più ampio e differenziato di micropianificazione urbanistica negoziale (9) rispetto alla cessione di cubatura. Il diritto edificatorio esprime la capacità edificatoria in termini quantitativi, volumetrici o di superficie, individuando la misura della trasformazione territoriale realizzabile. Non è necessario il requisito della *vicinatas* tra fondi, potendo essere "speso" tra aree discontinue, distanti e non previamente individuate, aventi eguale o diversa destinazione urbanistica. Tutto ciò si traduce — anche grazie al regime pubblicitario *ex art* 2643, co. 1, n. 2-*bis* cod. civ. — nella libera circolazione dei diritti edificatori (10), il cui loro carattere precipuo è quello della c.d. dematerializzazione. Essa esprime la scissione tra la titolarità del fondo da cui il diritto

(5) Ai fini della ricostruzione storica del dibattito si suggerisce la lettura degli interventi della Corte costituzionale 20 gennaio 1966, n. 6; 9 marzo 1967, n. 20; Corte Cost., 9 maggio 1968, n. 55; Corte Cost., 26 aprile 1971, n. 79; Corte Cost., 30 gennaio 1980, n. 5.

(6) T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI e L. GENGHINI, *I diritti reali*, in *Manuali Notarili*, L. Genghini (a cura di), Vol. V, Napoli, 2011, p. 269 e ss.

(7) M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 73 ss.

(8) Cass., 24 settembre 2009, n. 20623; Cass., 22 febbraio 1996, n. 1352.

(9) In termini di micropianificazione a iniziativa privata si è espresso A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, vol. 7, p. 527.

(10) S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, *passim*.

edificatorio trae origine e il concreto esercizio dell'*jus aedificandi*. È nota, in proposito, la metafora pubblicistica esplicativa della fase di decollo, nella quale il diritto edificatorio si costituisce ancorato ad un bene immobile precisamente localizzato e individuato per poi distaccarsene; della fase di volo, nella quale circola liberamente come generico diritto a edificare una data cubatura; della fase di atterraggio, nella quale si riqualifica come vero e proprio diritto a realizzare una specifica cubatura nell'area di utilizzo, creando una sorta di ricongiungimento o abbinamento con il fondo ricevente

Il mutato contenuto sostanziale dei diritti edificatori non è l'unico indice differenziale dalla cessione di cubatura. In quest'ultima, l'iniziativa volta al potenziamento dell'edificabilità di una determinata area di terreno, deriva da un incontro di volontà tra privati e l'intervento della pubblica amministrazione si inserisce a conclusione del trasferimento della cubatura. In sintesi, il rilascio del titolo edilizio parrebbe porsi come condizione di efficacia (11) alla realizzazione della cubatura maggiorata, non essendo sufficiente il solo momento genetico dell'accordo di cessione tra privati ai fini della concreta realizzazione del loro interesse a edificare. Nei diritti edificatori la commistione tra momento pubblicistico e momento privatistico è assai più pregnante. Questa si manifesta fin dalla fase costitutiva del diritto edificatorio attraverso il loro riconoscimento da parte dell'ente pubblico competente, che va ad integrarsi a un accordo di cui resta dubbia la natura giuridica al confine tra l'accordo *ex art. 11, L. 241/1990* e il contratto *ex art. 1322 cod. civ.* (12). Le vicende costitutive dei diritti edificatori sono accomunate da una sorta di procedimento a formazione progressiva ove l'intervento pubblico viene integrato dalla partecipazione attiva del soggetto privato. La modalità, non propriamente tipica della procedura amministrativa provvedimentale alla quale siamo tradizionalmente abituati, non deve stupire. La stessa è frutto di una trasformazione dell'*agere* amministrativo avvenuta prima in sede giurisprudenziale e dottrinale e poi cristallizzata a livello normativo a partire dalla legge n. 241/1990 ove si riconosce la piena capacità di diritto privato dell'ente pubblico (art. 1, co. 1-*bis*) (13). In un'ottica di efficienza e semplificazione è sempre più attuale sostenere l'eccezionalità dell'attività autoritativa amministrativa a fronte di quella partecipata e negoziata con il privato.

1131

3. *Il credito edilizio a favore dei privati nelle "nuove" forme dei diritti edificatori perequativi, compensativi e premiali.* — In relazione alla fonte, agli effetti e alle finalità pubbliche perseguite, i diritti edificatori li distinguiamo in perequativi, compensativi e premiali.

Con i diritti edificatori perequativi, la pubblica amministrazione assegna un indice di edificabilità virtuale a tutti i fondi che rientrano in una data area non edificabile secondo

(11) P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 222.

(12) G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, P. Stanzione e A. Saturno (a cura di), Padova, 2006, p. 76 ss.; G. VETTORI, *Accordi "amministrativi" e contratto*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, G. Barbagallo, G. Follieri e G. Vettori (a cura di), Napoli, 1995, p. 15 ss.

(13) In questo senso v. C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019, *passim*.

CASSAZIONE

il piano territoriale (14). L'ente pubblico nell'esercizio del proprio potere di gestione e regolazione del territorio mediante i piani, individua zone omogenee caratterizzate dalla sussistenza di un determinato coefficiente di edificabilità talvolta pari allo zero. Allo scopo di ridurre gli effetti discriminatori del piano regolatore tra aree edificabili e inedificabili, soprattutto laddove le aree presentino medesimi profili di comunicazione geografica e territoriali, sono stati studiati strumenti maggiormente funzionali all'esercizio del diritto di proprietà. La perequazione urbanistica (15) risponde, infatti, ad una funzione redistributiva e di valorizzazione del patrimonio abitativo esistente attraverso l'allocatione di nuove e maggiorate dotazioni volumetriche (16). Il requisito della dematerializzazione del fondo talvolta può apparire più labile in quanto il diritto è individuato e limitato dal piano urbanistico. La capacità edificatoria è riferibile a un preciso terreno del privato nel quale la medesima andrà esercitata (contestualmente all'intervento di riqualificazione edilizia dell'immobile). Nella sua forma più semplice, dunque, la perequazione riguarda comparti spazialmente continui e individuati ove il potenziale di edificazione andrà utilizzato.

Non si escludono forme più complesse di perequazione, in cui i diritti edificatori possono essere utilizzati anche a significativa distanza dalle aree che li hanno generati (17). È il caso delle *species* di diritti edificatori che vengono attribuiti dalla pubblica amministrazione solo all'atto di adempimento di un preciso obbligo di *dare* o *facere* del

1132

(14) Ne è stato un esempio il D.L. 25 giugno 2008, n. 112 che ha disciplinato il c.d. Piano Casa prevedendo all'art. 11 la possibilità per i Comuni di trasferire diritti edificatori in favore di coloro che hanno promosso interventi di incremento del patrimonio abitativo.

(15) A. BARTOLINI e A. MALTONI, *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009; P. URBANI, *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 513.

(16) Il Consiglio di Stato (10 maggio 2012, n. 2710 e 28 novembre 2012, n. 6040) già da tempo individua nella pianificazione urbanistica del territorio una funzione che non è limitata "alla individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale, e in particolare, alla possibilità e limiti edificatori delle stesse. Al contrario, tale potere di pianificazione deve essere retamente inteso in relazione ad un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo, ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell'utilizzo delle aree, realizzi anche finalità economico — sociali della comunità locale. In definitiva, l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli — non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi — sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico — sociali della comunità radicata sul territorio (...). In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti".

(17) A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, II, pp. 436-437.

privato (18). Viene a crearsi un vero e proprio rapporto sinallagmatico tra ente pubblico e privato. Più precisamente, i diritti compensativi vengono acquistati dal privato per compensarlo della perdita di un proprio fondo — su cui insiste un vincolo preordinato all'esproprio — a seguito della cessione bonaria del medesimo alla pubblica amministrazione (19). È chiara la loro funzione indennitaria: ristorare la posizione lesa del privato attraverso l'acquisto di una volumetria realizzabile successivamente e in altre aree edificabili. Il vantaggio dell'ente pubblico territoriale è quello di eliminare, da una parte, gli oneri della procedura espropriativa (in *primis* l'esborso dell'indennizzo monetario) e, dall'altra, di deflazionare il contenzioso.

Ultima fattispecie è quella dei diritti edificatori premiali, i quali vengono riconosciuti al privato quale premio per il raggiungimento di determinati obiettivi pubblici di riqualificazione urbana, di recupero di aree degradate, di conservazione di immobili di interesse storico-culturale, ecc.

È di tutta evidenza che la liberalizzazione del credito edilizio rende flessibile la gestione della trasformazione urbanistica, disancorandola dai parametri tassativi e vincolanti dei piani regolatori (20). Questo dinamismo agevola la valorizzazione del territorio locale mediante una più mirata allocazione delle risorse tale da favorire lo sviluppo del mercato, grazie ad un bilanciamento concreto dell'interesse privatistico a conservare e/o incrementare il proprio diritto dominicale e l'interesse collettivo alla tutela ambientale e del paesaggio. Il privato sarà tanto più incentivato a cooperare con l'ente pubblico, quanto quest'ultimo offra opportunità edificatorie di valore eguale o superiore rispetto alla perdita da lui subita. Chiaro che se lo sforzo richiesto al privato, in termini di rinuncia alla titolarità del diritto di proprietà ovvero di assolvimento di obblighi di riqualificazione urbana di determinate aree, è nettamente superiore al vantaggio edificatorio ricevuto, questi strumenti alternativi sono destinati al fallimento. La pubblica amministrazione, rispetto alla pianificazione urbanistica normata dai piani regolatori territoriali, si assume una definizione probabilistica di gestione del territorio, in funzione di una più equa trasformazione e riqualificazione del territorio urbano. L'inevitabile incertezza dei rapporti giuridici aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti edificatori, che permarrà fino al momento in cui per essi non avverrà il "ricongiungimento" con un'area definita di atterraggio, non deve però scoraggiarne il loro utilizzo.

4. *L'interrogativo rimesso alle Sezioni Unite.* — La questione rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione dalla Sezione Tributaria con ordinanza n. 19152/2020 riguardava la qualificazione giuridica dell'atto di cessione di cubatura e di riflesso quella dei diritti edificatori in generale. La novella codicistica che vede l'integrazione dell'art. 2643, co. 1, con il n. 2-bis è insufficiente a fare chiarezza posto che tace sul profilo nozionistico e regolamentare, prevedendo solo la trascrivibilità degli atti di disposizione aventi ad oggetto i diritti edificatori comunque denominati.

La necessità di una ricognizione ermeneutica dell'istituto non è per certo teorica viste le ricadute pratiche, nel caso di specie, afferenti al valore da attribuire all'imposta di registro dell'atto di cessione. In particolare, se si ritiene la cessione di cubatura

(18) E. BOSCOLO, *La perequazione e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, p. 101.

(19) A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 6.

(20) S. SERRA, *Diritti edificatori e consumo di suolo. Governare il territorio in trasformazione*, Milano, 2018.

CASSAZIONE

rientrante negli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà immobiliare ovvero traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari, sarà applicabile l'aliquota del 9% (21), viceversa, se si fa rientrare negli atti diversi aventi contenuto patrimoniale, opererà l'aliquota del 3% (22). Interessante è riferire, pur brevemente, della vicenda.

La vicenda prende le mosse da un accordo avente ad oggetto la cessione bonaria e gratuita di alcune porzioni di terreno da parte dei privati all'ente comunale, destinate a viabilità, parcheggi e verde pubblico. In cambio i privati ricevevano, in sostituzione dell'indennizzo e in via compensativa, una volumetria residenziale (*rectius* diritto edificatorio compensativo). I privati cedevano poi detta cubatura a una società terza, assoggettando l'atto alla sola imposta proporzionale di registro con aliquota del 3%. L'Agenzia delle Entrate, tuttavia, con proprio avviso di liquidazione sosteneva l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro all'8%, dell'imposta ipotecaria del 2% e l'imposta catastale dell'1%. La Commissione Tributaria provinciale accoglieva le istanze dei ricorrenti sul presupposto che si trattasse di prestazione a contenuto patrimoniale ex art. 9 Tariffa, parte prima, allegata al d.P.R. n. 131/1986. Annullava, così, l'avviso di liquidazione, in quanto i contribuenti avevano disposto di volumetrie scollegate dal terreno originario, trattandosi della spendita di un diritto non qualificabile come diritto reale. Al contrario, la Commissione Tributaria Regionale accedeva alla prospettazione dell'Amministrazione finanziaria e riformava la prima decisione, ritenendo l'atto da tassare come un atto traslativo a titolo oneroso della proprietà e di diritti reali di godimento a cui applicare un'aliquota dell'8% (attualmente al 9%). Difatti, l'atto di cessione di cubatura, pur non potendo avere ad oggetto il trasferimento o la costituzione di un diritto reale atipico di asservimento, atteso il regime a numero chiuso dei diritti reali, implicava comunque il trasferimento di una facoltà inerente al diritto di proprietà, così presentando sicure caratteristiche di realtà. Parimenti dovute erano l'imposta ipotecaria e quella catastale, trattandosi di contratto atipico assimilabile a trasferimento di diritti immobiliari e configurante, al contempo, rinuncia ai diritti edificatori da parte del cedente, con conseguente sua trascrivibilità e variazione catastale. Le parti impugnavano la decisione in Cassazione affermando la natura meramente obbligatoria del contratto di cessione di cubatura. L'Agenzia delle Entrate resisteva con controricorso asserendo la riconducibilità della fattispecie al trasferimento di un diritto reale di natura immobiliare.

La questione non è pacifica e, anzi, si evidenzia una difformità netta di vedute. Anticipo subito che il principio di diritto dettato di recente dalla Suprema Corte è nel senso di escludere il carattere reale del diritto edificatorio in quanto esso non inerisce propriamente al fondo, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso (23). Voci contrarie leggono nella previsione dell'art. 2643, co. 1, n. 2-bis, cod. civ. una conferma alla nascita di un "nuovo" diritto reale immobiliare ovvero

(21) Art. 1, Tariffa Parte I, D.P.R. n. 131/1986.

(22) Art. 9, Tariffa Parte I D.P.R. n. 131/1986.

(23) In questo senso si era già espressa Cass., 29 ottobre 2020, n. 23902, in riferimento a una fattispecie simile in quanto afferente a imposte comunali. In particolare, si è ritenuto che un'area, prima edificabile e poi assoggettata a un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini dell'imposta comunale sugli immobili (ICI) ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo in quanto quest'ultimo non ha natura reale per mancanza del carattere dell'inerenza.

vedono nella cubatura un bene immateriale *ex art.* 810 cod. civ. (24), non tenendo però conto che sancire l'opponibilità ai terzi dell'atto incide sulla circolazione del diritto (diversamente nominato interesse, *chance*, bene, ecc.) non certo sul carattere reale del medesimo (25). La trascrizione, infatti, segna il passaggio dall'*efficacia* obbligatoria a quella reale, senza peraltro dirci nulla sulla realtà intrinseca della situazione giuridica oggetto di cessione.

La questione è complessa, oltre che datata, e mette in luce come la ricerca di una corretta soluzione pratica, funzionale all'applicabilità dell'imposta di registro, sia solo un problema consequenziale a quello di determinare a monte la natura giuridica della cessione di cubatura e dei diritti edificatori in generale (26).

5. *La vexata quaestio sulla natura giuridica dei diritti edificatori e il tentativo vano di ascriverli a categorie tipiche.* — Appaiono inutili, per le Sezioni Unite, i tentativi di ascrivere l'atto di cessione a un negozio traslativo o costitutivo di diritti reali tipici. Se ne condividono le ragioni. A prescindere dalla censura generale secondo cui i diritti reali rappresentano un *numerus clausus* per il nostro ordinamento, l'assimilazione a essi della cessione di cubatura non pare nella sostanza praticabile (27). Il parallelismo con il diritto di superficie (28), per esempio, difetta dell'alterità tra proprietà del suolo e proprietà superficiaria della costruzione che si erge sopra il suolo ovvero della proprietà che verrà realizzata sopra il suolo. Invero, la cubatura maggiorata oggetto di cessione si realizza sempre sul fondo appartenente originariamente al cessionario.

Per altri versi, potrebbe risultare verosimile una concordanza con la servitù prediale negativa qualora si ipotizzi una servitù *non aedificandi* (29): il cedente si impegna a non sfruttare a fini edilizi in tutto o in parte il suo terreno in virtù di un preventivo accordo con il cessionario destinatario del trasferimento di volumetria. Effettivamente, il contenuto variegato dell'istituto della servitù, rispetto ad altri diritti minori di godimento, pur nel rispetto dei suoi parametri tipici, ne consente un ambito applicativo ad ampio raggio. Nel caso esaminato, tra l'altro, si può constatare la presenza del vincolo di asservimento del primo fondo a vantaggio dell'altro. Perplessità permangono, però, in merito al *facere* di prestare il consenso al rilascio del permesso di costruire richiesto al cedente. La condotta attiva risulta inconciliabile con quelle di *pati* o *non facere* tipiche delle servitù prediali. Inoltre, l'elemento della *vicinitas* dei fondi, intesa senz'altro in termini di *utilitas* e non di confine in senso stretto, presuppone comunque una certa contiguità degli stessi. Il che non pare del tutto compatibile con il requisito richiesto per la cessione di cubatura relativo all'appartenenza dei fondi alla medesima destinazione urbanistica, la quale può implicarne un'assai notevole distanza. Per non parlare della discrepanza con gli altri tipi

(24) G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, p. 103.

(25) F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *Scritti giuridici minori*, 2016, p. 965 ss.

(26) B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013.

(27) DI PAOLA, *Trasferimento di cubatura di area e numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1975, p. 547; G. PICCO e A.M. MAROCCO, *I c.d. trasferimenti di cubatura*, in *Riv. not.* 1974, p. 676.

(28) S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989.

(29) Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 922; Cass. 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 211.

CASSAZIONE

di diritti edificatori ove addirittura questo requisito viene meno e la volumetria può essere spesa in aree urbanistiche diverse.

Escludere che l'atto di cessione di cubatura possa essere ascritto a un atto traslativo di diritti reali (30) non implica, al contempo, che esso debba perdere la sua ineludibile valenza negoziale volta al trasferimento di altra situazione giuridica soggettiva rilevante. L'art. 1376 cod. civ. nel punto in cui parla di "trasferimento di un altro diritto" si attaglia, infatti, ad una interpretazione estensiva nella quale si ritiene possano, senza remore, rientrare gli atti dispositivi della capacità edificatoria a prescindere da un loro qualsivoglia inquadramento dogmatico. Il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato. Naturalmente permane il ruolo autorizzatorio e regolamentare del permesso di costruire, per il cui rilascio il cedente è tenuto ad operare secondo il dovere generale di solidarietà, cooperazione, correttezza e buona fede. È bene precisare, che l'atto della pubblica amministrazione non produce effetti traslativi avendo valore puramente provvedimentale seppur ampliativo di un diritto già esistente.

Pregevole la posizione dei giudici di legittimità quando escludono che il diritto edificatorio debba essere considerato qualcosa di diverso da un vero e proprio diritto (a edificare). Il filone interpretativo (31) a cui ci si riferisce non è recente e risente di una eccessiva influenza pubblicistica, la quale sposta il baricentro della questione sulla rilevanza del provvedimento amministrativo (il permesso di costruire) a discapito dell'accordo negoziale che assume, in tale contesto, un ruolo preparatorio marginale. Il cedente assume l'obbligo di prestare il consenso al rilascio del titolo abilitativo da parte della pubblica amministrazione, affinché il cessionario possa acquisire e poi esercitare l'*jus edificandi* corrispondente alla cubatura ceduta. Se volessimo parlare in gergo privatistico si potrebbe discorrere di *chance* edificatoria intesa come l'aspettativa a che la pubblica amministrazione rilasci il titolo abilitativo maggiorato (32); in quello pubblicistico dovremmo inquadrare la questione nell'alveo degli interessi legittimi pretensivi. In ogni caso, il trasferimento di cubatura tra le parti sarebbe rimesso esclusivamente al provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato dell'ente pubblico a seguito della rinuncia della volumetria da parte del cedente e della presentazione del progetto edilizio da parte del cessionario (33).

L'impostazione crea incertezze su più fronti. Se nella specifica materia trattata è errato negare la profonda comunicabilità del momento (negoziale) privatistico e del momento (provvedimentale) pubblicistico, altrettanto fuorviante è relegare la capacità edificatoria ad una mera *chance* anziché a un diritto insito nella proprietà del suolo. L'assunto stride con la disciplina urbanistica oltretutto con le norme di diritto comune. Come già espresso nell'*incipit* della presente trattazione, il Testo unico sull'edilizia (d.P.R. n. 380/2011, art. 10) con il permesso di costruire ha segnato il fondamentale passaggio dal regime concessorio al vigente regime autorizzatorio, volto a rimuovere solo

(30) S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2001, p. 65.

(31) V. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, cit., p. 972 ss.

(32) Parla di "aspettativa qualificata" A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, p. 302 ss.

(33) Cass., 3 settembre 2020, n. 18291; Cass., 10 ottobre 2018, n. 24948; Cass., 24 settembre 2009, n. 20623. In dottrina M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, Padova, 1992; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Riv. not.*, 1992, p. 1069.

un limite all'esercizio del diritto edificatorio e non certo a costituirlo (34). Il legislatore si è mosso nello stesso senso nell'ambito delle norme privatistiche quando all'art. 2643, co. 1, n. 2-*bis* parla non a caso di "diritti" edificatori. Non va dimenticata la l. 26 aprile 2012 n. 44 che con l'art. 2645-*quater* cod. civ. ha introdotto la trascrizione degli atti volti all'imposizione di un vincolo pubblicistico, rientrando tra questi anche la cessione di cubatura (35). Nonostante i frequenti attecnicismi utilizzati dal legislatore nella formulazione delle norme, non esiste ragione per cui dovremmo attribuire alla parola "diritto" un significato diverso da quello propriamente letterale, addirittura svilendone il contenuto con quello di *chance*, aspettativa e/o interesse, sebbene anche questi suscettibili di libera circolazione. Se i diritti edificatori fossero diritti reali, invece, non avrebbe avuto senso elaborare una norma *ad hoc* sulla loro trascrivibilità, già presente nel Codice civile. Si tenga conto che la trascrizione non presuppone il carattere reale dell'atto in quanto essa è disposta anche per atti relativi a beni immobili che rivestono natura obbligatoria come la locazione ultranovennale e il contratto preliminare. Probabilmente dovremmo parlare, senza pretesa di certa qualificazione, di un diritto di per sé perfetto seppur instabile — fenomeno, tra l'altro, frequente in ambito privatistico — in quanto il suo esercizio rimane in qualche misura vincolato a un'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Pur nel limite di non averne definito i connotati contenutistici, l'intento legislativo è stato proprio quello di creare organicità alla categoria eterogenea dei diritti edificatori. L'obiettivo è stato raggiunto garantendone la corretta circolazione. Il legislatore prevedendo la trascrivibilità del contratto di cessione ha voluto risolvere i possibili conflitti con trascrizioni di pignoramenti, iscrizioni di ipoteche o tra più aventi causa, con prevalenza di chi per primo iscriva o trascriva, fermo, in ogni caso, il carattere pubblicistico del procedimento e il carattere condizionante e discrezionale del provvedimento amministrativo finale.

1137

6. *Brevi riflessioni conclusive.* — Il principio di diritto dettato dalle Sezioni Unite va apprezzato e condiviso. Ragionare per categorie generali non risponde sempre alla soluzione concreta migliore. Voler ad ogni costo tipizzare situazioni giuridiche soggettive che assumono tratti intrinseci autonomi, per certi versi ibridi, sarebbe un errore. Pur nell'assenza di una ricostruzione dogmatica certa sul piano contenutistico e sostanziale dell'istituto, si evince che attraverso la cessione di cubatura il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore, formandone in tal modo *un diritto a sé stante*, il cui trasferimento a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale. Ogni altra asserzione ne rappresenta un legittimo corollario: l'atto non richiede la forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350 cod. civ.; è trascrivibile ex art. 2643, n. 2-*bis* cod. civ.; è assoggettabile a imposta proporzionale di

(34) Cass., 19 marzo 2020, n. 7454: «I diritti edificatori non negano, ma anzi presuppongono — consentendone variamente l'esercizio delocalizzato — che lo *jus aedificandi* costituisca una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà del suolo, sebbene sottoposto alle condizioni conformative e di utilità sociale previste dalla legge e dagli strumenti urbanistici, secondo quanto già affermato, ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio».

(35) B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645-quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Notariato*, 2012, p. 709 ss.; C. ULESSI, *Convenzioni urbanistiche e trascrizione: il nuovo art. 2645-quater c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1145 ss.

CASSAZIONE

registro come atto *diverso* avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale *ex art. 9 Tariffa Parte Prima* allegata al d.P.R. n. 131/86 nonché, in caso di trascrizione e voltura, a imposta ipotecaria e catastale in misura fissa *ex artt. 4 Tariffa* allegata al d.lgs. n. 347/90 e 10, co. 2, del medesimo d.lgs.

Il sistema pubblicitario non ha eliminato le criticità derivanti dalla libera circolazione del *genus* dei diritti edificatori, dato l'avverarsi di una sorta di frattura del legame genetico con il fondo che li ha originati; la possibile mancanza della preventiva titolarità dell'area sulla quale programmare il loro atterraggio; il ricongiungimento con il fondo successivo al loro acquisto. L'incertezza sul terreno di atterraggio è insita nella natura dematerializzata dell'*jus aedificandi*. Questa indeterminatezza è tanto più evidente quando lo stesso formi oggetto di più ripetute cessioni. Il fenomeno così descritto è tale da tradire il controllo pubblicistico, lasciando quali veri nodi irrisolti, da una parte, la certezza dei rapporti giuridici e, dall'altra, la stabilità dei diritti edificatori in relazione all'*ius variandi* del piano urbanistico regolatore. In realtà le questioni sono fra loro connesse. Un accordo negoziale non può porsi in contrasto con la pianificazione urbanistica vigente, sì che il terreno di atterraggio deve essere ricompreso in ambiti territoriali prefissati in modo che il privato operi il ricongiungimento del diritto non con un qualsiasi fondo di sua proprietà. Questo, da una parte, comporta il rischio di non poter "spendere" adeguatamente il diritto edificatorio in mancanza di idonei terreni di atterraggio. Dall'altra, sorgono perplessità nel caso in cui il piano regolatore subisca delle modifiche *in peius* successive alla costituzione di un diritto edificatorio già trascritto. L'amministrazione comunale potrebbe, infatti, rinnovare il piano urbanistico integrando o modificando le precedenti scelte di governo del territorio che escludono l'utilizzo del diritto edificatorio costituito. Aldilà del pubblico interesse sotteso che porta la pubblica amministrazione all'integrazione di piano, qui pare ragionevole tutelare l'affidamento che il privato ha riposto sull'esito positivo del precedente accordo di cessione già perfetto e attributivo del credito edilizio. In questo senso, se parlassimo di aspettativa, risulterebbe più difficile offrire adeguata protezione al privato. La legittimità dell'attività amministrativa non elide la permanenza del pregiudizio subito dal soggetto privato per la perdita del diritto, sì che *in primis* andrebbe valutato un indennizzo monetario (fatto salvo un vero e proprio risarcimento in caso di azione provvedimentoale illegittima). La questione, in ogni caso, credo debba essere inevitabilmente bilanciata al fine di evitare contrasti. Intanto, la trascrizione ha un ruolo fondamentale poiché rafforza il vincolo negoziale proiettandolo verso una efficacia esteriore di cui prima era privo. L'acquisto viene cristallizzato nella realtà giuridica in modo che l'atto risulti opponibile verso qualsivoglia terzo soggetto e, dunque, anche verso l'ente pubblico. Resta il fatto che il sopravvenire di un interesse collettivo superiore in contrasto con la posizione soggettiva vantata dal soggetto privato non è da escludere. Le contraddizioni e le incertezze potrebbero essere aggirati attraverso la previsione di una breve prescrizione estintiva dei diritti edificatori, in modo che la pubblica amministrazione si trovi nell'impossibilità, per il termine stabilito, di travolgere la situazione giuridica già perfezionata e allo stesso tempo il privato avrebbe consapevolezza del tempo entro il quale dovrà e/o potrà esercitare il suo diritto.

Su altri fronti, è possibile il verificarsi di condotte speculative delle parti. L'unico valore economico di mercato che si può considerare ai fini della determinazione del corrispettivo di cessione del diritto edificatorio è quello del terreno dal quale trae origine. Qualora quest'ultimo fosse un terreno di scarso valore e la capacità edificatoria venisse spesa in altro fondo ad alto pregio, l'acquirente conseguirebbe un indebito vantaggio, in quanto la volumetria acquisita e poi eventualmente realizzata assumerebbe un costo

maggiore. In realtà è più facile il contrario ovvero che la condotta speculativa si realizzi da parte della pubblica amministrazione a danno del privato, soprattutto se il terreno ceduto ha una qualità nettamente superiore rispetto al corrispettivo ottenuto a titolo di diritto edificatorio e poi esercitato in un'area urbanistica dequalificata.

In conclusione, i diritti edificatori altro non sono che una delle tante espressioni del potere pubblico conformativo della proprietà privata (art. 42 Cost.) (36), la cui materia è governata dalla commistione di norme pubblicistiche e privatistiche. Non dimentichiamo, fra tutti, i diritti edificatori compensativi che vengono attribuiti al privato dalla pubblica amministrazione quale corrispettivo della cessione bonaria del diritto dominicale, in alternativa all'indennizzo e a chiusura di una dichiarazione di pubblica utilità finalizzata all'esproprio. Nello stesso tempo, il fatto che i diritti edificatori possano formare oggetto di una pluralità di atti di disposizione, crea un vero e proprio mercato tra privati (micropianificazione urbanistica negoziale). Il credito edilizio acquistato dal privato è liberamente spendibile per un tempo non definito in cui perdura la fase di "volo" con il fondo. La specializzazione dell'istituto è, allora, inevitabile, soprattutto dinanzi ad un quadro normativo disorganico e a tratti impreciso. Il che rende pressoché impossibile, aggiungerei inutile, collocare i diritti edificatori all'interno di una categoria tipica prestabilita di diritto comune. Sono le loro stesse specialità a creare i maggiori dubbi. Espressione tanto più vera se si abbandona, come è stato correttamente scritto, la tralatizia distinzione tra diritto privato e diritto pubblico (37).

MARIANNA RINALDO

1139

(36) Corte Cost., 14 giugno 2001, n. 190, in *Foro it.*, 2002, I, c. 36 ss.

(37) C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, op. cit., p. 184.