

Collana Nuove Autonomie

MONOGRAFIE

27

I volumi devono essere inviati alla Rivista "Nuove Autonomie". Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l'editore, che ne conserva la relativa documentazione.

1. A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, 2012
2. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 2012
3. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, 2012
4. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, 2012
5. N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, 2012, II ed. 2018
6. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, 2013
7. G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle regioni speciali*, 2013
8. G. ZINZI, *La provincia tra funzioni amministrative e riforme istituzionali*, 2015
9. AA.VV., *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studio in onore di Guido Corso*, 2016
10. A. BIFANI SCONOCCHIA, *Profili del nuovo rapporto tra proprietà e ius aedificandi*, 2017
11. M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2018
12. L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, 2019
13. M. ARMANNO, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, 2019
14. E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, 2020
15. M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, 2020
16. A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, 2021
17. M. IMMORDINO, N. GULLO, G. ARMAO (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, 2021
18. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, 2021
19. M. IMMORDINO, N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, 2021
20. S.S. SCOCA, *Il tribunale superiore delle acque quale giudice amministrativo*, 2021
21. G. PESCE, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, 2021
22. M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, 2022
23. G. ARMAO, F. ASTONE, M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, V. PRUDENTE (a cura di), *Specialità e differenziazione*, 2022
24. E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti*, 2022
25. F. SUCAMELI, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana*, 2022
26. G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, 2022

COLLANA NUOVE AUTONOMIE
COLLETTANEE

STUDI IN ONORE DI FILIPPO SALVIA

Atti del convegno

Quale piano per il futuro dell'urbanistica?

Palermo, 30 novembre 2021

a cura di
Guido Corso
Maria Immordino

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il Volume è stato pubblicato con il contributo dell'Assessorato Regionale per
l'Economia – Regione Siciliana
DRA n. 2355 del 31 dicembre 2021

Proprietà letteraria riservata

Copyright 2022 Editoriale Scientifica Srl
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-492-8

INDICE

<i>Introduzione</i>	11
SANDRO AMOROSINO <i>L'effettività delle regolazioni del territorio al tempo dell'urbanistica "liquida"</i>	15
GAETANO ARMAO <i>Governo del territorio ed archeologia pubblica</i>	25
ANTONIO BARTOLINI <i>"Legacy": il lascito della legge urbanistica</i>	63
CRISTIANO BEVILACQUA <i>L'energia nel paesaggio e i paesaggi dell'energia: il trilemma ambiente paesaggio energia</i>	67
EMANUELE BOSCOLO <i>Oggetti, funzioni e figure per l'urbanistica contemporanea</i>	99
VINICIO BRIGANTE <i>Spunti per una riflessione su governo del territorio e mire della criminalità organizzata</i>	149
CHIARA CACCIAVILLANI <i>Linee evolutive del servizio sanitario pubblico</i>	163
SABINO CASSESE <i>Le regioni cinquant'anni dopo: un bilancio</i>	175
MARIA CRISTINA CAVALLARO <i>L'interesse delle generazioni future in Costituzione</i>	185

CRISTIANO CELONE	
<i>La speciale disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche</i>	199
GIOVANNA COLOMBINI e VANESSA MANZETTI	
<i>Una riflessione (a due voci) su urbanistica e città (in)visibili</i>	231
GUIDO CORSO	
<i>Appunti sulla discrezionalità</i>	247
ALESSANDRO CROSETTI	
<i>Paesaggio, ambiente e gestione forestale sostenibile</i>	255
GABRIELLA DE GIORGI CEZZI	
<i>Filippo Salvia e la tenerezza dell'amministrazione in margine all'idea di città e di santità dei giuristi positivi</i>	279
ROSANNA DE NICTOLIS	
<i>Silvio Spaventa e la storia del Consiglio di Stato. Palazzo Spada, Roma, 12 Dicembre 2022. Dai pareri sui ricorsi straordinari al re alla prima giurisprudenza della quarta sezione</i>	289
FRANCESCO GIACALONE	
<i>Alcune riflessioni su diritti edificatori e cessione di cubatura dopo la presa di posizione delle Sezioni Unite</i>	337
LOREDANA GIANI e GIOVANNA IACOVONE	
<i>Commoning e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche</i>	355
GUIDO GRECO	
<i>Sanatoria della SCIA in materia edilizia</i>	373
NICOLA GULLO	
<i>Il pensiero giuridico (e non solo) di Filippo Salvia tra urbanesimo e sviluppo sostenibile</i>	385
MARIA IMMORDINO e ALFREDO CONTIERI	
<i>La "fine della città" nel pensiero di Filippo Salvia e il tentativo di rigenerazione e risocializzazione dei centri urbani attraverso il recupero delle antiche sale cinematografiche. Alcune suggestioni e riflessioni sparse</i>	399

LAURA LORELLO	
<i>Prime considerazioni sul nuovo Comitato per la legislazione del Senato della Repubblica</i>	411
FRANCESCO MANGANARO	
<i>Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma</i>	425
DANIELE MARRAMA	
<i>Golden Powers e D.P.C.M. 133 del 2022. Quando la semplificazione complica</i>	437
PATRIZIA MARZARO	
<i>Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?</i>	453
MARCO MAZZAMUTO	
<i>La malasorte della vicinitas: ulteriore segno dei tentativi di rottura della gloriosa tradizione della giustizia amministrativa</i>	471
GIUSEPPE MORBIDELLI	
<i>La localizzazione (e l'ampliamento) dei tracciati autostradali tra Stato, Regioni e Comuni</i>	489
GIORGIO PAGLIARI	
<i>Quale piano per il futuro dell'urbanistica? Alcune considerazioni problematiche</i>	511
SERGIO PERONGINI	
<i>Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici</i>	517
GIUSEPPE PIPERATA	
<i>Riflessioni di un giurista sul futuro dell'urbanistica</i>	539
ANDREA PIRAINO	
<i>Zone Economiche Speciali (ZES): un'occasione mancata per lo sviluppo del mezzogiorno?</i>	553

PIER LUIGI PORTALURI <i>In difesa degli standard urbanistici come livelli essenziali inderogabili dalle Regioni</i>	583
MARCO RAGUSA <i>Quali piani per i porti italiani? Ripresa (economica) e resilienza (del monadismo) nell'ultima disciplina della pianificazione portuale</i>	605
SALVATORE RAIMONDI <i>Incontro di studio del 30 novembre 2021. Quale piano per il futuro dell'urbanistica?</i>	647
ANTONIO RUGGERI <i>L'autonomia regionale al bivio: evoluzione o involuzione? (Nota minima su una spinosa questione)</i>	651
FABIO SAITTA <i>Presunzione di piena conoscenza e termine per ricorrere: nihil sub sole novum, la parola alla plenaria?</i>	661
FRANCO GAETANO SCOCA <i>Il primo insegnamento del diritto amministrativo in Italia, in particolare nel mezzogiorno</i>	671
MARIO R. SPASIANO <i>Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere</i>	701
FABRIZIO TIGANO <i>Riflessioni sparse in tema di appalti verdi e criteri ambientali minimi</i>	713
GIULIA TORTA <i>Il delicato equilibrio tra la tutela dell'ambiente e la promozione delle attività economiche nella pianificazione dello spazio marino</i>	725
FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI <i>Combater à corrupção e informar sobre a administração</i>	751
PAOLO URBANI <i>Alla ricerca della città pubblica</i>	793

RICCARDO URSI	
<i>La sicurezza pubblica nel sistema di governo multilivello</i>	801
GIUSEPPE VERDE	
<i>Le disposizioni di attuazione degli statuti speciali. Qualche considerazione su una fonte nascosta</i>	821

ALCUNE RIFLESSIONI SU DIRITTI EDIFICATORI
E CESSIONE DI CUBATURA
DOPO LA PRESA DI POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE

di Francesco Giacalone

SOMMARIO: 1. I diritti edificatori nel quadro dell'urbanistica convenzionale. – 2. Il decennale dibattito sulla natura giuridica dei diritti edificatori. – 2.1. Le tesi a base negoziale – 2.2. Le tesi a base amministrativista – 2.3. La posizione delle Sezioni Unite – 3. Le determinazioni dell'Amministrazione quale elemento necessariamente interno alla vicenda negoziale: una critica alla ricostruzione della Corte. – 4. Riflessioni conclusive sull'essenzialità di un intervento legislativo.

1. *I diritti edificatori nel quadro dell'urbanistica convenzionale*

Nell'ambito di un ideale dialogo con Paolo Stella Richter in uno scritto di qualche anno fa, Filippo Salvia offre una risposta all'annosa questione su cosa sia, in senso giuridico, l'*urbanistica*¹. L'Autore avverte circa le criticità connesse ad un concetto naturalmente debole e costellato di definizioni "relativistiche"² che, nate nel contesto di specifiche discipline di settore, hanno ricondotto all'urbanistica qualunque interesse capace di incidere sull'uso e/o sulla trasformazione del territorio, svuotandola così di un *proprium* caratterizzante e rendendola, nell'equivoco definitorio, una macro-materia priva di un autonomo e omogeneo *core finalistico*.

È chiaro, pertanto, come la ricerca vada condotta per altre vie. In tal senso è apparso prolifico, oltre che maggiormente in linea con l'impostazione offerta dalla Carta costituzionale, quell'approccio che tiene ben

¹ F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e alcuni suoi corollari*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2012, 425 e s.

² L'Autore richiama, a titolo esemplificativo, l'art. 80 del DPR n. 616/1977 che, in tema di trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato agli altri enti territoriali, stabilisce che "*Le funzioni amministrative relative alla materia "urbanistica" concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente*". Medesimo valore "relativistico" assume la definizione di urbanistica offerta dall'art. 133, co. 1, lett. f) del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che, ai fini dell'individuazione delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, la qualifica come materia "*concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio*".

distinta l'urbanistica dalle altre materie aventi incidenza sul territorio (*i.e.* paesaggio, patrimonio storico-artistico, trasporto, ecc.) e che ne individua l'essenza nella finalità di massimizzazione dell'uso dello stesso, mediante l'armonizzazione e il coordinamento della pluralità di interessi su di esso ricadenti in vista del loro miglior soddisfacimento³. Detto altrimenti, e richiamando categorie di gianniniana memoria, l'interesse pubblico primario sotteso all'urbanistica è l'ordinato sviluppo del territorio, ovvero sia l'equilibrato bilanciamento della gamma di interessi che possono trovare soddisfacimento – esclusivamente o in parte – tramite i suoi specifici utilizzi.

È sulla base di queste premesse che può saggiarsi l'importanza che assumono i momenti dell'individuazione e dell'inclusione nei processi decisionali urbanistici dei numerosi interessi (pubblici e privati) che, di volta in volta, vengono in rilievo. Non vi è da stupirsi, dunque, se la “rivoluzione copernicana” che negli ultimi decenni ha interessato il rapporto tra le autorità amministrative e tra quest'ultime e i privati, nell'ottica di una sostanziale valorizzazione delle forme di esercizio concertato del potere, abbia trovato nel settore qui in esame una delle sue massime espressioni.

Si tratta di un percorso evolutivo che ha inciso sul modo stesso di intendere la pianificazione del territorio – per lungo tempo confinata in una dimensione di autoritaria unilateralità –, da un lato introducendo *procedure paracontrattuali* che consentono il raccordo tra differenti soggetti pubblici⁴, dall'altro coinvolgendo direttamente i privati non solo tramite tecniche di *partecipazione endoprocedimentale*⁵, ma anche avvalendosi di *convenzioni edilizie*⁶ e sfruttando le potenzialità delle dinamiche attributive e circolatorie dei *diritti edificatori*.

Tale ultima ipotesi, in particolare, consente di valorizzare il ruolo dei privati nei processi di sviluppo del territorio rimettendo alla loro opera la variazione dell'effettiva capacità edificatoria originariamente riconosciuta in sede di pianificazione ai fondi, e ciò o in seguito al trasferi-

³ Sul punto l'Autore richiama l'opera definitoria di P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2018, 30 e s.

⁴ Sul tema F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e alcuni suoi corollari*, cit., 431 e s. Per un inquadramento più ampio della questione R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Molfetta, 2019, 895 e s.

⁵ Per una descrizione dell'*iter* procedimentale diretto all'adozione dei piani si rinvia a P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, VI ed., Milano, 2020, 53 e s.

⁶ Sul ricorso al modulo consensuale in luogo di quello autoritativo nel settore urbanistico, si rinvia a R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 960 e s.

mento/acquisizione negoziale della sola cubatura a/da un altro terreno, o mediante l'attribuzione da parte dell'amministrazione di diritti volumetrici aggiuntivi. Ne deriva la sostanziale separazione della capacità edificatoria dalla proprietà del fondo, essendo possibile cedere in tutto o in parte la prima senza che ciò incida sullo *status* dominicale dell'area da cui origina, ovvero potendosi sfruttare su un terreno una cubatura che non costituisce qualità genetica dello stesso.

Si vengono a descrivere, pertanto, differenti fattispecie giuridiche che è opportuno isolare.

Da un lato si pone, infatti, la "cessione di cubatura" propriamente detta, che comporta il trasferimento, totale o parziale, della volumetria tra fondi contigui e omogenei⁷, e ciò all'esito di un accordo *inter privates*. In tale ipotesi è già individuata, al momento della cessione, anche l'area che beneficia dell'incremento di capacità edificatoria e l'intervento della P.A. è limitato al momento del rilascio del permesso di costruire.

Diverse appaiono, invece, le vicende giuridiche connesse ai diritti edificatori direttamente generati dall'amministrazione nell'ambito di dinamiche legate all'urbanistica *a)* perequativa, *b)* compensativa, *c)* premiale⁸.

Per comprendere l'ipotesi *sub a)* è richiesto un breve *focus* in ordine alle tecniche di pianificazione urbanistica perequativa. Com'è noto, infatti, tale soluzione comporta l'attribuzione a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione di uno o più ambiti del territorio comunale, di una capacità edificatoria paritetica e inferiore all'indice di edificabilità minimo previsto dal piano. E ciò avviene a prescindere dalla circostanza per cui il fondo sia davvero edificabile ovvero che in fase di pianificazione sia stato gravato da un vincolo di inedificabilità diretto a garantire all'amministrazione la disponibilità di spazi da destinarsi a opere di interesse pubblico.

Per tale via, nel tentativo di superare le profonde sperequazioni che accompagnano le tecniche di *zoning*⁹, si raggiunge l'obiettivo di far gra-

⁷ Di recente, sul tema, Cons. St., sez. II, 27 giugno 2022, n. 5305. Si veda anche TAR Campania – sede di Salerno, sez. II, 19 luglio 2016, n. 1675.

⁸ Per un più diffuso approfondimento M.A. QUAGLIA, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000; S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005; P. URBANI, *Concertazione e perequazione urbanistica*, in *Atti del Convegno di Lisbona sulla perequazione urbanistica del 15-18 giugno 2008*, in *www.pausania.it*; A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 1/2010, 3 e s.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1218 e s.; P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 63 e s.

⁹ Sul punto ancora R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1216.

vare su tutti i proprietari l'onere di contribuire alla realizzazione della città pubblica; infatti, anche le aree che verranno trasferite all'amministrazione sviluppano una cubatura propria che è oggetto di cessione a titolo oneroso ai proprietari delle aree edificabili che, senza tale maggiorazione, non possono esercitare in concreto il proprio *ius aedificandi*.

In altre circostanze (*sub b*), invece, la P.A. attribuisce al proprietario di un fondo un indice di capacità edificatoria fruibile su un altro terreno, e ciò o a fronte della cessione gratuita dell'area oggetto di trasformazione pubblica, o per l'imposizione su di essa di un vincolo assoluto di inedificabilità o preordinato all'esproprio. L'assegnazione del diritto edificatorio di origine compensativa, pertanto, scaturisce da una dinamica sinallagmatica in cui la dichiarazione di inedificabilità di un terreno o la sua cessione all'Amministrazione vengono ritorsate con l'assegnazione al proprietario di un *quid* volumetrico da spendere altrove. Si segnala che proprio la funzione corrispettiva o indennitaria di tale *ius aedificandi* lo rende indifferente alle successive variazioni del piano.

Infine, nel caso della c.d. edilizia premiale (*sub c*) al privato viene attribuito un indice edificatorio aggiuntivo – esercitabile sul proprio fondo o negoziabile – con scopo di premio o incentivo per l'esecuzione di interventi di riqualificazione ambientale, architettonica, urbanistica o residenziale reputati virtuosi perché eccedenti gli *standard* minimi e di interesse generale.

Tali ultime tre soluzioni sono accomunate – e si distinguono dalla cessione di cubatura *strictu sensu* – innanzitutto per la stretta connessione sussistente tra gli atti conclusi *iure privatorum* e la procedura pubblicistica in cui si generano i diritti edificatori, poi perché conoscono una “fase di volo” rappresentata dall'arco temporale durante il quale tali posizioni giuridiche sono prive di un'area di riferimento.

2. *Il decennale dibattito sulla natura giuridica dei diritti edificatori*

Allo spiccato polimorfismo dei diritti edificatori non fa seguito una disciplina giuridica chiara ed esaustiva che ne consenta un inquadramento univoco. Invero, la norma di più generale portata continua a essere rappresentata oggi dall'art. 2643, n. 2 *bis* c.c.¹⁰, che ha sicuramente

¹⁰ Art. 2643 c.c. – Atti soggetti a trascrizione: “*Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: [...] 2-bis) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*”.

il merito di aver dotato di cittadinanza lo *ius aedificandi*, ma che non offre alcuna risposta in ordine a problematiche nevralgiche come quelle connesse alla sua qualificazione giuridica, con tutte le conseguenti ricadute circa la categorizzazione dei relativi atti di disposizione. Dopotutto, la norma richiamata si limita a perseguire il dichiarato fine di conferire una maggiore certezza alle dinamiche circolatorie che interessano i diritti edificatori.

Ne è derivato un dibattito estremamente affascinante per la sua natura trasversale, capace di spaziare dal diritto privato al diritto amministrativo, dal diritto soggettivo all'interesse legittimo, dalla distinzione tra diritti reali e diritti di credito alla teoria dei beni giuridici¹¹. Sullo sfondo l'esigenza, unanimemente riconosciuta, di risolvere la predetta questione qualificatoria in una prospettiva unitaria¹².

Pur senza pretese di esaustività si proveranno a ricostruire brevemente le varie teorie susseguitesesi nel tempo, partendo dalla distinzione, ripresa da parte della dottrina¹³, tra tesi "a base negoziale" e tesi "a base amministrativa", a seconda che si valorizzi maggiormente il momento della contrattazione privatistica, ovvero il ruolo affidato all'Autorità pubblica.

¹¹ R. QUADRI, *Publicità e garanzia nel contratto di cessione dei «diritti edificatori» di cui all'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 2/2016, 291.

¹² In C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 5.1., con specifico riferimento alle refluenze sul piano fiscale della qualificazione giuridica dello *ius aedificandi* e della cessione di cubatura, si legge che "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 [...] Del problema vi è traccia 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 [...], oppure che sembrano fondare il cambio di indirizzo dall'impostazione della 'realità' a quella della 'obbligatorietà' [...] proprio sulle peculiari e non estendibili esigenze di 'realità' proprie della sola materia fiscale. [...] E tuttavia, non si ritiene che [...] 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 conformarvisi [...] Va in definitiva escluso che possa pervenirsi ad una soluzione diversificata e fiscalmente orientata del problema della natura giuridica dell'atto di cessione di cubatura".

¹³ A. TORRONI, *Diritti edificatori e cessione di cubatura. Profili giuridici ed annose questioni, non ancora del tutto risolte*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 3/2022, 864 e s.

2.1. *Le tesi a base negoziale*

Una prima prospettiva meritevole di attenzione assimila la cubatura a un bene, per intenderla, in particolare, come un bene immateriale, separabile dal suolo, dotato di capacità edificatoria – in quanto è presupposto essenziale per soddisfare il bisogno di costruzione – e di capacità commerciale – in quanto consente di ricavare, eventualmente, un vantaggio economico tramite la sua cessione – e che può essere, in armonia con l'art. 810 c.c., oggetto di diritti, in special modo del diritto di proprietà. Ne deriva che la volumetria sarà alienabile mediante un contratto a effetti reali avente ad oggetto il diritto di proprietà su di essa gravante, essendo poi rimessa alla volontà del privato e alle discrezionali valutazioni dell'autorità pubblica ogni successiva vicenda afferente al suo effettivo sfruttamento edificatorio¹⁴.

Una seconda prospettiva, invece, riconduce la cubatura alla famiglia dei diritti reali. Invero, tale lettura risulta essere frazionata in una pluralità di proposte, tra chi riconosce un nuovo diritto reale tipico, chi un diritto reale atipico e chi, infine, si muove tra le tradizionali categorie del diritto di superficie e della servitù prediale.

Procedendo con ordine, una parte della dottrina esalta il dato letterale dell'art. 2643 c.c. ove non solo si fa espresso riferimento ai *diritti edificatori*, ma in più essi vengono ricondotti tra quelli che possono formare oggetto di una comunione (cfr. n. 3) dell'art. cit.), fenomeno previsto in riferimento alla proprietà e agli altri diritti reali (cfr. art. 1100 c.c.). Una ricostruzione, quella passata in rassegna, che su questi presupposti ha ritenuto sussistente un nuovo diritto reale, tipizzato da una norma di legge, che conserva persino l'imprescindibile requisito dell'inerenza a un bene, poiché *“un diritto non sarà meno reale (e non vedrà venir meno la sua necessaria inerenza a una res) per il fatto che se ne consenta il mutamento di titolarità (con effetto immediato) pur in mancanza del rapporto attuale col bene. Ciò che conta è che in nessun caso quel diritto potrà essere esercitato (id est: l'interesse protetto potrà realizzarsi) in difet-*

¹⁴ Per un più ampio approfondimento si rinvia ad A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit.; G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Rivista del notariato*, n. 4/2012, 775 e s.; R. CIMMINO, *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, in *Notariato*, 2/2014, 152 e s.; A. ALAMANNI, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto*, in *Contratto e impresa*, 3/2014, 653 e s.; A. QUARTA, *Nell'occhio del ciclone: la qualificazione della cessione di cubatura tra effetti reali e natura obbligatoria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/2021, 396 e s.

*to di un rapporto qualificato con un suolo edificabile. O, più esattamente, finché manchi la titolarità di una situazione giuridica soggettiva idonea ad assicurare quel rapporto qualificato: proprietà, o superficie*¹⁵.

Mentre appare isolata, oltre che vetusta nell'attuale assetto normativo, l'ardita lettura che ha condotto all'inquadramento della cubatura quale diritto reale atipico¹⁶, occorre concentrare l'attenzione sulle teorie sostenute da quella parte della dottrina che ha cercato di ricondurre lo *ius aedificandi* al novero dei diritti reali minori.

Si è così fatto ricorso al diritto di superficie, in special modo all'ipotesi della cessione *ad aedificandum*, ove alla perdita del diritto di costruire sull'area "cedente" fa seguito l'acquisto da parte del proprietario del fondo cui la cubatura è trasferita, con l'unica – non irrilevante – differenza che le potenzialità edificatorie dell'area debbono essere utilizzate su un fondo contiguo e non su quello cui ineriscono¹⁷. Altri ancora hanno ricostruito la fattispecie nei termini dell'alienazione separata di un bene futuro, rappresentato dalla costruzione non ancora esistente¹⁸.

Parecchio seguito ha avuto, invece, la tesi che ha fatto ricorso allo schema della servitù prediale, *sub specie* di servitù *non aedificandi* (nel caso di cessione totale della cubatura assentita) e di servitù *non tollendi altius* (nel caso di cessione parziale). In tal senso, sul fondo servente (e cedente la volumetria) ricadrà un vincolo di inedificabilità perpetuo volto ad assicurare uno stabile vantaggio al titolare del terreno "cessionario"¹⁹.

Una condizione, quest'ultima, che non giustifica l'ulteriore e maggiore risultato che intende ottenere il proprietario del fondo dominante, vale a dire la disponibilità di ulteriore volumetria. Il perfezionamento

¹⁵ G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in AA.VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno tenutosi a Bari l'11 giugno 2011*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, n. 3/2011, a cui si rimanda per una trattazione più completa della questione.

¹⁶ Sul punto M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura di area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Rivista del notariato*, n. 2-3/1975, 547 e s.

¹⁷ A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giurisprudenza di merito*, 4/1977, 740.

¹⁸ G. SALVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, 6 e s.

¹⁹ G.B. PICCO, A.M. MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Rivista del notariato*, 3-4/1974, 638; M. LIBERTINI, *I «trasferimenti di cubatura»*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. III, Torino, 1995, 686 e s.; V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, in *Notariato*, n. 5/1996, 426; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, 252 e s.

della fattispecie avviene, pertanto, con l'acquisizione del permesso di costruire maggiorato, ora inteso come *condicio iuris* individuata dal piano²⁰, ora come *condicio facti*, in assenza di una previsione negli strumenti urbanistici²¹, ora come *presupposizione*, essendo il provvedimento dell'Autorità una circostanza futura e indipendente dalla volontà delle parti private, che pur tuttavia esse hanno tenuto presente in fase di stipulazione dell'accordo negoziale²². Il proprietario del fondo cedente è così chiamato a cooperare con l'acquirente della cubatura, dovendo porre in essere un atto d'obbligo unilaterale nei confronti del Comune che consolidi sul piano pubblicistico ciò che si è già verificato sul versante privatistico. Sul punto è tuttavia invalsa un'altra lettura che ritiene sussistente, accanto all'obbligo di *non facere* che ricade sul cedente, anche un *pacti*, consistente “*nella incontestabilità, da parte del proprietario di tale fondo, della costruzione maggiorata che può realizzarsi nel fondo vicino, e quindi dei provvedimenti amministrativi che la consentano*”²³.

2.2. Le tesi a base amministrativista

Nel tentativo di esaltare il ruolo dell'Amministrazione nelle dinamiche circolatorie dello *ius aedificandi*, una parte della dottrina esclude che il contratto di cessione di cubatura sia idoneo a trasferire una posizione giuridica, ma comporta, piuttosto, l'assunzione di un'obbligazione in capo al cedente di non sfruttare la volumetria riconosciutagli dal piano. Il momento traslativo del diritto, pertanto, coinciderebbe con l'eventuale e discrezionale rilascio, da parte dell'Amministrazione, del permesso di costruire maggiorato sul fondo cessionario²⁴.

Richiama la categoria dell'interesse legittimo pretensivo, invece, chi sostiene che la cessione del diritto edificatorio comporti più propriamente la circolazione di una *chance*, da intendersi come il potere di sollecitare l'Amministrazione al fine di ottenere il bene della vita desiderato, e cioè il titolo abilitativo accresciuto. Il relativo negozio giuridico avrà,

²⁰ G.B. PICCO, A.M. MAROCCO, *I così detti “trasferimenti di cubatura”*, cit., 641.

²¹ P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/1996, 222.

²² N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Rivista del notariato*, n. 5/1992, 1078.

²³ M. LEO, *Il trasferimento di cubatura – Studio nr. 1763/1999 del Consiglio Nazionale del Notariato*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 1999.

²⁴ *Ex multis*, G. CECCHERINI, *Il c.d. “trasferimento di cubatura”*, Milano, 1985, 53 e s.; V. DE LORENZI, *Sul c.d. trasferimento di cubatura*, ne *Il corriere giuridico*, n. 2/1989, 280 e s.; A. CHIANALE, *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1/1989, 1548 e s.

pertanto, natura immediatamente traslativa della posizione individuale: il proprietario del fondo cessionario, infatti, non acquisirà un diritto ma un interesse naturalmente condizionato, sul versante del suo soddisfacimento, alle discrezionali valutazioni dell’Autorità pubblica²⁵.

A comprimere ulteriormente il valore giuridico dell’accordo tra privati interviene, infine, la tesi dell’*autosufficienza del provvedimento amministrativo*²⁶, a mente della quale la parte cedente e quella cessionaria della cubatura realizzano un mero negozio preparatorio, da cui non scaturiscono effetti né obbligatori, né reali. Il trasferimento dello *ius aedificandi*, infatti, si realizza solo al momento della volontaria adesione da parte dell’originario titolare della volumetria al nuovo progetto che conduce all’adozione, da parte dell’Amministrazione, del permesso di costruire maggiorato nei confronti del fondo ricevente.

2.3. La posizione delle Sezioni Unite

A dirimere la questione sono intervenute, con le sentenze del 29 ottobre 2020, n. 23902²⁷, e del 9 giugno 2021, n. 16080²⁸, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione. Se nel primo caso, infatti, la qualificazione giuridica dei diritti edificatori è apparsa essenziale per ricostruire il regime fiscale a cui sottoporre lo *ius aedificandi* compensativo ancora in “fase di volo”, nella seconda la medesima *quaestio iuris* è venuta in rilievo per definire l’esatta aliquota dell’imposta di registro da applicare al negozio di cessione di cubatura.

Ripercorrendo le argomentazioni della Corte, occorre partire dall’assunto secondo cui lo *ius aedificandi* è un *diritto* propriamente detto. Si tratta di un dato ricavabile dall’interpretazione letterale dell’art. 2643, n. 2 *bis* c.c., che mette in evidenza la chiara intenzione del Legislatore di

²⁵ Tra gli altri, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1991, 655 e s.; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3/2007, 307; G.M. UDA, *Profili civilistici della circolazione dei diritti edificatori*, in *Rivista di notariato*, n. 6/2015, 1221 e s.

²⁶ T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, L. GENGHINI, *I diritti reali*, Padova, 2011, 285.

²⁷ La sentenza è stata annotata da M.L. CHIARELLA, *Le Sezioni unite si pronunciano su compensazione urbanistica e diritti edificatori*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 8-9/2021, 1834 e s.; I. OTTOMBRINO, *Natura giuridica e regime impositivo Ici dei diritti edificatori discendenti dalla c.d. compensazione urbanistica*, ne *Il corriere giuridico*, n. 5/2021, 612 e s.

²⁸ La sentenza è stata annotata da A.L. COGGI, *La discussa qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura all’attenzione delle Sezioni Unite*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6/2021, 1312 e s.; F. FELIS, *Cessione di cubatura e diritti edificatori*, ne *I contratti*, n. 5/2021, 505 e s.; C. BONA, *La natura della cessione di cubatura*, ne *Il foro italiano*, n. 12/2021, 3969 e s.

non considerarlo né alla stregua di un interesse legittimo, né tantomeno di una *res* assoggettabile ad altre posizioni dominicali.

Ciò posto, i Giudici escludono la realtà di tale diritto. È chiaro, infatti, che il principio del *numerus clausus* non consente di individuare diritti reali atipici o nuovi.

Ne viene parimenti negata, tuttavia, la riconduzione ad altri diritti reali tipici, quali la superficie o la servitù. Più specificamente, non può parlarsi di superficie dal momento che la cessione di cubatura deficiata del presupposto, di cui all'art. 952 c.c., dell'alterità tra proprietà del suolo e proprietà della costruzione, potendo il cessionario della volumetria esercitare il diritto di costruire "incrementato" sul fondo proprio. Qualunque altra lettura si porrebbe come una "*forzata equiparazione*".

Né sembrano essere sostenibili quelle tesi che hanno fatto ricorso, come si è visto, all'istituto della servitù prediale.

Una prima criticità risiede nelle dinamiche stesse della vicenda traslativa così ricostruita, in cui l'enorme incidenza del ruolo attribuito alla P.A., dalla cui azione derivano perlomeno gli effetti pratici dell'atto di cessione, appare incompatibile con i requisiti di immediatezza e assolutezza che caratterizzano tutti i diritti reali, servitù inclusa.

Oltretutto, ancora a parere della Corte, sarebbe incoerente con la natura stessa della servitù il peculiare obbligo di *facere* (nella forma della partecipazione del cedente al procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire) che, aggiungendosi al *non facere* relativamente alla inedificabilità del fondo servente e al *patis* in ordine all'accettazione della edificazione in esubero sul fondo dominante, richiede al *dominus* alienante una prestazione attiva priva del carattere meramente accessorio che la renderebbe coerente con l'istituto in esame, ma diretta, al contrario, all'erogazione di un'utilità diretta essenziale al raggiungimento dello scopo pratico voluto dalle parti.

Da ultimo, le Sezioni Unite rilevano il potenziale conflitto tra il requisito della *vicinitas* – pur nell'accezione non strettamente topografica sostenuta dalla giurisprudenza – richiesto per la servitù e quello della omogeneità/contiguità dei fondi essenziale affinché possa ritenersi legittima l'acquisizione dello *ius aedificandi*. In altre parole, secondo la Corte "*il riferimento alla nozione di zona [...] 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 [...] appartenenti ad un'area morfologicamente comune e, in ipotesi, dipendenti dagli stessi strumenti regolatori e dalle stesse strutture di urbanizzazione*"²⁹.

²⁹ C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 6.

Dopotutto, ad escludere la natura reale dei diritti edificatori intervengono altri due fattori che integrano e assorbono i precedenti.

Il primo attiene alla mancata stabile inerenza del diritto edificatorio a un terreno. Non può sottacersi, infatti, che la fattispecie presenti una necessaria duplice connessione fondiaria, una col suolo “di decollo” e l'altra con quello “di atterraggio”, ma che manca del tutto nella fase “di volo”. Si tratta, pertanto, di un'inerenza funzionale ed estrinseca che le stesse Sezioni Unite dapprima qualificano come causa ostativa al riconoscimento della realtà del diritto in questione³⁰, per poi ribadire, al contrario, come “*le implicazioni di non-realtà [...] 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 coesenziale alla natura dell'istituto*”³¹.

Il secondo fattore è legato, invece, all'interpretazione sistematica dell'art. 2643 c.c. che prevede già espressamente la trascrivibilità tanto dei contratti che trasferiscono la proprietà, quanto di quelli che costituiscono, trasferiscono o modificano, tra gli altri, il diritto di superficie, le servitù prediali ed anche i relativi atti di rinuncia. In tal senso, qualora lo *ius aedificandi* altro non fosse che un diritto reale, risulterebbe priva di qualsiasi portata innovatrice – oltre che inutilmente ridondante – la previsione di cui al n. 2 *bis* dell'art. cit.

Posto, pertanto, che trattasi di *diritto non reale*, la Corte di Cassazione si interroga in ordine all'efficacia traslativa o meramente obbligatoria del contratto col quale se ne cede la titolarità. Per i Giudici, costituendo lo *ius aedificandi* una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà, il negozio giuridico che lo riguarda non può che acquisire i medesimi caratteri di quello che interessa la più ampia posizione dominicale, producendo, pertanto, effetti reali. In tal senso, infatti, si riesce a dare compiuta contezza a “*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)*”³².

Un'esigenza, quest'ultima, sentita dallo stesso Legislatore, come pure è dato desumersi dall'interpretazione letterale dell'art. 2643, n. 2

³⁰ C. Cass., SS.UU. civ., 29 ottobre 2020, n. 23902, § 7.1.

³¹ C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 8.

³² *Ibidem*, § 7.

bis c.c., ove si fa riferimento a “*contratti che trasferiscono, costituiscono e modificano i diritti edificatori*” direttamente, senza il bisogno di altro. Sarebbe così evidente, a detta della Corte, la “*netta rivalutazione del sostrato privatistico della cessione di cubatura, [dovendosi ricollocare] l’effetto traslativo suo proprio nell’ambito dell’autonomia negoziale delle parti, non già del procedimento amministrativo*”³³.

È alla luce di questo *iter* argomentativo che la Suprema Corte afferma la natura non reale dei diritti edificatori, trasferibili a titolo oneroso tramite un contratto a effetti reali, trascrivibile e non richiedente la forma scritta *ad substantiam*.

3. *Le determinazioni dell’Amministrazione quale elemento necessariamente interno alla vicenda negoziale: una critica alla ricostruzione della Corte*

Si è già detto che nell’impostazione offerta dalla Corte di Cassazione, la conclusione del contratto di cessione di cubatura comporta l’immediato trasferimento del diritto edificatorio nella sfera giuridica del proprietario del terreno ricevente, essendo il successivo ed eventuale intervento dell’Autorità esclusivamente diretto a garantirne la “*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 [...] 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*”³⁴.

Tale conclusione appare, invero, non priva di criticità, se solo si considerano le sostanziali ricadute sulle sfere giuridiche delle parti private coinvolte nell’operazione negoziale, quelle stesse parti il cui ruolo la Corte ha inteso valorizzare con l’argomentazione di cui si è già detto.

Dubbi sorgono, nello specifico, in ordine al fatto che l’adozione o meno da parte della Pubblica Amministrazione del provvedimento autorizzatorio maggiorato rappresenti davvero un “elemento esterno” alle dinamiche contrattuali. Invero, se lo è sul piano temporale e subietti-

³³ *Ibidem*, § 8.

³⁴ C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 8.

vo, meno ovvia appare tale conclusione se si guarda al rilievo che assume la determinazione dell'ente locale nella formazione della volontà del proprietario cessionario. Per dirla diversamente, si può affermare con certezza che egli avrebbe proceduto ugualmente – o comunque alle medesime condizioni – all'acquisto della cubatura qualora avesse avuto piena consapevolezza di non poterla mettere a frutto nella propria area? Una cosa è, infatti, ottenere la volumetria per sfruttarla sul proprio fondo, altra per cederla nuovamente a terzi. Né il proprietario cessionario avrebbe potuto venire a conoscenza di questa informazione prima della conclusione del procedimento amministrativo diretto al rilascio del permesso di costruire, a cui l'Autorità perviene in seguito all'esercizio di un potere fortemente discrezionale e che è necessariamente successivo alla conclusione del contratto *inter privates*.

D'altronde, mentre è da ritenersi condivisibile e quasi obbligata nell'attuale assetto positivo la qualificazione dello *ius aedificandi* quale diritto non reale, meno solide appaiono le ragioni che inducono a inquadrare il relativo atto di cessione nell'ambito dei contratti dotati di efficacia immediatamente traslativa.

Non è dirimente, in tal senso, la ricostruzione dei diritti edificatori come naturale estrinsecazione del diritto di proprietà. L'ordinamento, infatti, conosce una serie di soluzioni contrattuali tipizzate dotate di efficacia obbligatoria e aventi ad oggetto *facultates* della più ampia posizione dominicale. Si pensi, ad esempio, al diritto di godimento dei beni, che può circolare tramite contratti a effetti obbligatori (locazione, affitto, comodato, ecc.) e che rappresenta di certo, per espressa previsione dell'art. 832 c.c., contenuto minimo della proprietà.

A ben vedere, nemmeno l'interpretazione letterale dell'art. 2643, n. 2 *bis* c.c. dona uno stabile supporto alla tesi dell'efficacia reale del contratto. Occorre rilevare, infatti, che ritenere il negozio *condicio sine qua non* del trasferimento, della modifica e della costituzione della posizione soggettiva osservata, non significa doverne riconoscere necessariamente la sufficienza.

Non si rinvergono, pertanto, insormontabili ostacoli giuridici all'attribuzione di efficacia obbligatoria al contratto avente ad oggetto lo *ius aedificandi*, lettura che, evitando l'insorgenza di “*contratti fra privati in danno dell'interesse pubblico al corretto governo del territorio*”³⁵ – come recentemente ribadito dal Consiglio di Stato –, si traduce in una maggiore tutela delle parti negoziali.

³⁵ Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2022, n. 4417, annotata da A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *In tema di cessione di cubatura*, ne *Il foro italiano*, n. 6/2022, 329 e s.

Seguendo questa linea ermeneutica, con la conclusione dell'accordo il proprietario cedente si impegna, anche dietro corrispettivo, a non chiedere per sé lo sfruttamento della cubatura e ad agevolarne la concessione maggiorata a favore del cessionario. Ne deriva che dalla conclusione del contratto non consegue alcun momento traslativo del diritto.

A questo punto, la parte ricevente può decidere di patrimonializzare la propria posizione giuridica cedendo il credito maturato a un terzo (che potrà poi mettere a frutto la cubatura), ovvero è legittimata dal contratto a richiedere all'Amministrazione il rilascio del premesso di costruire maggiorato.

Si prospettano, così, due strade alternative.

Nel primo caso la P.A. emana il provvedimento ampliativo sancendo la traslazione dello *ius aedificandi* nella sfera giuridica del proprietario del fondo cessionario. In questo modo il diritto non vivrà mai una "fase di volo" trasferendosi direttamente dal terreno da cui origina – al quale è rimasto inerente sebbene non sfruttabile per un periodo – a quello ricevente.

Nella seconda ipotesi, invece, il Comune rigetta l'istanza, così impendendo la traslazione del diritto. Nel caso in cui la mancata concessione del permesso di costruire sia causata da ragioni connesse all'assoluta impossibilità di sfruttamento della cubatura aggiuntiva sul fondo ricevente (si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione ritenga i due terreni non omogenei o non contigui), può allora ritenersi non inverata una *presupposizione*. Proprio il richiamo a tale categoria giuridica non è casuale; secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, essa si configura come "un'obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) [...] tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio" la cui mancata verifica o il cui verificarsi "sia del tutto indipendente dall'attività e dalla volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro"³⁶.

Si soddisfa, in tal senso, un'esigenza di giustizia sostanziale, consentendo al proprietario cessionario di liberarsi dal vincolo contrattuale che non risulta più rispondente all'assetto inizialmente voluto dalle parti a causa dell'operare di un evento oggettivo. Pertanto, seguendo l'impostazione di una certa giurisprudenza, egli avrà la possibilità, se lo desidera, di esercitare un potere di recesso di natura impugnativa³⁷.

³⁶ C. Cass., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 8867.

³⁷ Sul punto si rinvia a M. AMBROSOLI, *La presupposizione in due recenti pronunce*

La fattispecie a formazione progressiva appena descritta sembra garantire al meglio il coordinamento tra la gamma di interessi complessivamente coinvolti nelle dinamiche micropianificatorie che comportano la circolazione di diritti edificatori. Infatti, negare la mutua integrazione tra il momento privatistico e quello pubblicistico, forzandone la separazione, significa consentire uno sviluppo edilizio “sulla carta”, in cui i proprietari danno un assetto ai propri interessi – arrivando a modificare stabilmente le reciproche sfere giuridiche – senza alcuna *contestuale* opera di confronto col superiore interesse pubblico all’ordinato sviluppo del territorio rimesso alle cure della P.A. Una circostanza che riempie l’operazione negoziale di un’alea ricadente in maggior misura sul cessionario della cubatura e che rischia di rappresentare un ostacolo alla circolazione dello *ius aedificandi*.

4. *Riflessioni conclusive sull’essenzialità di un intervento legislativo*

Le questioni legate alla qualificazione giuridica dello *ius aedificandi* e dei relativi atti di disposizione è strettamente connessa a uno sviluppo irregolare dell’istituto, dove la prassi e la giurisprudenza hanno storicamente preceduto l’opera legislativa che ancor oggi appare insoddisfacente. Si tratta di una criticità già avvertita dalla dottrina più attenta³⁸, che non ha mancato di evidenziare le ragioni di un intervento regolatorio a livello nazionale e a portata generale, capace di fornire risposte univoche a problematiche che, come si è visto, sono tutt’altro che secondarie.

E d’altronde, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella menzionata pronuncia del 2021, hanno evidenziato i limiti dell’attuale formulazione dell’art. 2643, n. 2 *bis* c.c., caratterizzata dall’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*”.

della Suprema Corte, in *Contratti*, n. 12/2006, 1079 e s.; G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2019, 1165 e s.; T. SCOZZAFAVA OBERDAN, *La presupposizione. Una rilettura*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1/2022, 157 e s.

³⁸ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 70 e s.

A ben vedere, in realtà, la questione della copertura legislativa di tutte quelle soluzioni contemplate dai piani regolatori di natura perequativa, compensativa e premiale, assume un ulteriore profilo di rilevanza anche sul piano costituzionale. Occorre evidenziare, infatti, che in queste ipotesi l'attività dell'autorità pubblica incide sul contenuto astratto della proprietà, arrivando anche a creare e cedere nuovo *ius aedificandi* per autopoesi, stante l'assenza di un naturale e originale legame del diritto col fondo di pertinenza ed essendo pertanto la sua genesi intrinsecamente connessa alle vicende giuridiche previste dall'atto amministrativo. È evidente, pertanto, quanto sia importante spostare il ragionamento sul versante del riparto delle competenze legislative tra enti territoriali.

Si osserva, infatti, che fatta forse eccezione per l'urbanistica premiale³⁹, negli altri casi il fondamento giuridico degli istituti perequativi e compensativi è da ricercarsi quasi sempre nella legislazione regionale⁴⁰, sebbene sussistano ipotesi in cui manca del tutto una copertura normativa.

E tuttavia, nemmeno la disciplina di fonte regionale, limitata al governo del territorio ed alle relative prescrizioni conformative, potrebbe spingersi a riempire di contenuto civilistico o dominicale gli istituti in esame, poiché si ingenererebbe un'intollerabile sovrapposizione con la potestà legislativa esclusiva ed unitaria dello Stato in materia di ordinamento civile e di diritto di proprietà. Un rilievo che pare trovare conferma nella stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha evidenziato come gli aspetti "*relativi al trasferimento e alla cessione dei*

³⁹ Diverse fonti legislative di rango statale richiamano l'urbanistica premiale. Si pensi, ad esempio, all'art.1, co. 259 della L. n. 244/07 che si riferisce espressamente all'"*aumento di volumetria premiale*" da parte dei Comuni, o all'art. 11, co. 5 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, che contempla la possibilità di promuovere l'edilizia residenziale sociale e la riqualificazione urbana tramite il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo, ovvero tramite incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana.

⁴⁰ Si ricordino, ad esempio, l'art.11 della L.R. Lombardia n. 12/2005 sulla compensazione, perequazione ed incentivazione urbanistica quali strumenti di governo del territorio; gli artt. 35 e 37 della L.R. Veneto n. 11/2004 sulla perequazione e compensazione urbanistica nonché sull'attribuzione di credito edilizio in ipotesi di riqualificazione ambientale; gli artt.100 e 101 della L.R. Toscana n. 65/2014 sulla perequazione urbanistica; l'art. 26 della L.R. Emilia-Romagna n. 24/2017 sull'attribuzione dei diritti edificatori ed il principio di perequazione urbanistica; l'art. 32 L.R. Campania n.16/2004 sulla equa distribuzione di diritti edificatori ed obblighi in funzione di perequazione urbanistica tra i proprietari interessati dalla trasformazione; l'art. 31 della L.R. Calabria n. 19/2002 sui comparti edificatori con finalità di perequazione

*diritti edificatori incidono sulla materia ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato*⁴¹, poiché la linea di demarcazione tra la competenza di cui all'art. 117, co. 2, lett. l) Cost. e quella, di natura concorrente, del "governo del territorio" devono essere intese nel senso che "la limitazione conformativa del diritto di proprietà volta ad assicurarne la funzione sociale ben può essere esercitata, nelle materie di competenza, dalla legge regionale, ferma però restando la preclusione per il legislatore regionale di interferire sulla disciplina dei diritti soggettivi per quanto riguarda "i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull'adempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità per inadempimento, la disciplina della responsabilità extracontrattuale, i limiti dei diritti di proprietà connessi ai rapporti di vicinato, e via esemplificando" (C.Cost. sent.n. 391/89 ed altre)⁴².

Né pare che la non realtà dei diritti edificatori, affermata con vigore dalle Sezioni Unite, possa spostare sensibilmente gli equilibri del dibattito. Se è vero, infatti, quanto detto dalla stessa Corte in ordine alla scarsa conciliabilità tra la natura reale dello *ius aedificandi* e l'assenza di una disciplina uniforme e centralizzata che funga da fondamento delle relative ricadute sul diritto di proprietà, allo stesso modo, perlomeno a detta di chi scrive, tali refluenze richiedono uno stabile riferimento nella disciplina di fonte statale nel momento in cui non si neghi – come d'altronde non fanno le Sezioni Unite – la configurazione dei diritti edificatori in termini di *facultates* del più ampio diritto di proprietà.

Andando oltre al dato costituzionale, il superamento dell'attuale approccio normativo-regolatorio sporadico e frammentario appare necessario nell'ottica di una corretta determinazione contenutistica della proprietà immobiliare, capace non di comprimere ma di salvaguardare e rivalutare il principio di pianificazione, superando in maniera chiara, uniforme e, si spera, definitiva le incertezze che aleggiano attorno alla (indefinita) categoria dei diritti edificatori.

⁴¹ C. Cost., 26 marzo 2010, n. 121.

⁴² C. Cass., SS.UU. civ., 29 ottobre 2020, n. 23902, § 6.1.

