

La natura giuridica della cessione di cubatura e la tipicità dei diritti reali

di Annamaria LA MARCA*

SOMMARIO: **1.** I caratteri dei diritti reali: i principi del *numerus clausus* e di tipicità. **2.** La cessione di cubatura e le sue condizioni di ammissibilità. **3.** La natura giuridica dell'istituto: le teorie pubblicistiche e le teorie privatistiche. **4.** La trascrizione dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori ai sensi dell'art. 2643, n. 2-*bis*, c.c.. **5.** Conclusioni.

1. I caratteri dei diritti reali: i principi del *numerus clausus* e di tipicità.

Per il principio dell'autonomia negoziale le parti sono libere di concludere qualsiasi tipo di contratto nei limiti fissati dall'art. 1322 c.c.¹. Diversamente, nel campo dei diritti reali ciò non accade in quanto le parti non sono libere di costituire nuovi diritti reali, giacché a cardine del nostro sistema vi sono i principi di tipicità e del *numerus clausus*. Questi due aspetti pur essendo intimamente collegati si differenziano in quanto, il principio del *numerus clausus* attiene alla fonte del diritto reale, mentre il carattere della tipicità limita la facoltà delle parti nel determinare in via consensuale il contenuto del diritto reale tipico.

In realtà, quanto detto corrisponde ad una ricostruzione tradizionale che ritiene, pur in difetto di un'espressa previsione normativa, che i diritti reali costituiscano un *numerus clausus*, che sia quindi precluso ai privati creare diritti reali diversi ed ulteriori rispetto a quelli espressamente disciplinati dalla legge², e siano essi connotati dal carattere della tipicità, che cioè sia, di regola, precluso all'autonomia privata modificare il contenuto essenziale dei singoli diritti reali³. Lo scopo è duplice: si vuole, da un lato, impedire ai privati di moltiplicare limiti e vincoli destinati a comprimere i poteri del proprietario, con il rischio di rendere inefficiente la gestione del bene e, dall'altro, tutelare i terzi

* Specializzata in Professioni legali, ha svolto tirocinio ex art. 73, d.l.69/2013 presso il Tribunale di Napoli.

¹ R. GALLI, *Appunti di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2008, p. 140.

² Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2010, n. 6352.

³ Cass. civ., sez. II, 4 gennaio 2013, n. 100.

che, volendo acquisire diritti sulla cosa, devono essere posti in grado di conoscere con esattezza i vincoli che gravano su di essa⁴. Il legislatore persegue così l'intento di non gravare la proprietà di pesi ulteriori rispetto a quelli espressamente disciplinati dalla legge e, non secondario, l'obiettivo di tutelare il terzo che entra in contatto con il proprietario o con il titolare di altro diritto reale parziale da eventuali sorprese in ordine alle limitazioni che può subire il proprio diritto mettendolo nella condizione di conoscere preventivamente l'ampiezza dei propri diritti.

Per quanto possano essere radicati tali principi nel nostro ordinamento, in dottrina ha preso piede la posizione che ha messo in discussione la loro indefettibilità. Si osserva, infatti, che il legislatore del 1942 si sia limitato a disciplinare le figure dei diritti reali senza stabilire l'assoluta inderogabilità della relativa disciplina e senza escludere espressamente che il privato possa nell'ambito della autonomia privata dar vita a nuove figure di diritti reali.

Su altro fronte resta tuttora prevalente l'opinione di chi individua nel numero chiuso e nella connessa tipicità due caratteri propri e irrinunciabili dei diritti reali. Il loro fondamento andrebbe ricercato proprio nell'assenza di una disposizione *ad hoc* per i diritti reali corrispondente a quella di cui all'art. 1322 c.c., che per l'appunto consente alle parti, in materia contrattuale, la piena esplicazione della propria autonomia negoziale. Si dice, infatti, che un sistema che non riservi la disciplina dei diritti reali alla legge ordinaria mal si concilierebbe con la gravità degli effetti che l'opponibilità dei diritti reali comporta per i terzi. L'orientamento maggioritario invoca, altresì, quali argomenti a sostegno di tale posizione le disposizioni di cui agli artt. 832, 2643 e 1372 c.c.⁵. Dalla prima norma citata, che dispone che i limiti al diritto del proprietario sono solo quelli previsti dall'ordinamento fa discendere conseguentemente la regola per cui i privati non possono convenzionalmente introdurre limiti ulteriori e diversi. Il diritto reale parziale che grava sul diritto di proprietà come tale si traduce in un limite alla facoltà di godimento del proprietario, pertanto non potrebbero essere creati nuovi diritti reali se gli stessi non sono previsti dal legislatore. Quanto alla norma che individua gli atti soggetti a trascrizione, l'art. 2643 c.c., questa fornisce un'elencazione tassativa e ivi l'ipotesi della trascrizione di atti costitutivi di un diritto reale atipico non è

⁴ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 276.

⁵ G. ALPA, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, a cura di G. CHINÈ, M. FRATINI e A. ZOPPINI, Roma, Nel Diritto Editore, 2015, p. 571.

menzionato. Si dovrebbe escludere perciò la trascrivibilità dei diritti reali atipici, e di conseguenza la relativa opponibilità *erga omnes*, ma così viene meno un carattere essenziale del diritto reale. Si aggiunge infatti che a nulla varrebbe invocare l'applicazione ai diritti reali atipici dell'art. 2645 c.c., che prevede «altri atti soggetti a trascrizione», perché questa norma rende trascrivibili solo atti che producono gli stessi effetti degli atti tassativamente indicati dalle precedenti disposizioni ma non deroga al principio secondo cui l'oggetto di questi atti deve essere sempre un diritto reale previsto dall'ordinamento. Infine, il principio della relatività del contratto di cui all'art. 1372 c.c. contrasterebbe con il contratto diretto a creare un nuovo diritto reale atipico poiché questo sarebbe deputato a produrre i suoi effetti non solo tra le parti ma anche nei confronti dei terzi e, in particolare, degli aventi causa che acquisteranno il bene gravato dal diritto stesso. *Ex multis*, l'orientamento maggioritario invoca anche l'art. 2810 c.c. in base al quale il diritto di ipoteca si può costituire solo su diritti reali tipici⁶. Forse l'argomento più convincente a sostegno della tesi tradizionale è che la facoltà di creare diritti reali atipici contrasterebbe con il principio della libera circolazione dei beni e della ricchezza, sancito all'art. 41 Cost., poiché i beni gravati da diritti reali limitati atipici circolerebbero con maggiore difficoltà.

L'opposta dottrina ha proceduto a confutare volta per volta le argomentazioni succitate sostenendo che proprio l'art. 1322 c.c. consentirebbe la creazione di diritti reali atipici purché perseguano un interesse meritevole di tutela e che tale interesse abbia un valore sociale che si sposi con i principi di cui all'art. 41 Cost.; che l'art. 832 c.c., se correttamente interpretato alla luce dell'art. 42 Cost., ammetterebbe la creazione negoziale di diritti reali limitati purché siano strumentali al perseguimento di una utilità sociale ovvero idonei ad assolvere alla funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost..

Quest'ultima dottrina contesta altresì la lettura secondo cui l'art. 2643 c.c. sarebbe un argomento decisivo a sostegno della tesi tradizionale. Nel nostro ordinamento la trascrizione non ha efficacia costitutiva ma ha solo una funzione dichiarativa ed è il mezzo a cui si ricorre per risolvere il conflitto tra più acquirenti dello stesso dante causa. Pertanto il fatto che l'atto costitutivo di un diritto reale atipico non sia trascrivibile non significa che quell'atto non possa essere fonte di un diritto reale. La tipicità di cui all'art. 2643 c.c. non è riferita all'atto ma agli effetti che lo stesso produce, con la conseguenza che si

⁶ R. GALLI, *Appunti di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2008 p. 144.

deve reputare ammissibile anche la trascrizione di atti non espressamente previsti (vedi art. 2645 c.c.) purché producano gli stessi effetti di quelli prodotti dagli atti tipizzati dall'art. 2643 c.c. Infine, in linea con l'art. 1372 c.c. la parte acquirente di un bene gravato da un diritto reale atipico, intanto potrà subire il vincolo scaturente da tale diritto in quanto ne sia a conoscenza o sia nella possibilità di conoscerlo, quindi, come di regola, l'effetto limitativo si produce solo in base al consenso manifestato al momento della stipulazione.

Va considerato anche che è emersa la tendenza nella giurisprudenza, seguita da una parte della dottrina, a collocare le nuove figure proposte dalla prassi economico-sociale all'interno dei tradizionali diritti reali attraverso un processo di "tipizzazione forzata"⁷. Tale tendenza comporta due conseguenze di ordine negativo: quella di alterare la natura delle fattispecie tipiche di diritti reali e l'effetto opposto e defaticante di eliminare in radice la stessa capacità delle nuove figure elaborate dagli operatori del diritto di soddisfare le molteplici esigenze manifestate dalla prassi, esigenze che proprio i modelli tradizionali non sono state in grado di soddisfare.

Pertanto la dottrina ha tentato di razionalizzare questa deriva negando che il principio del numero chiuso impedisca il riconoscimento di nuovi istituti regolati dalla legge o l'elaborazione di nuove figure che possono ritenersi tipiche secondo la ricostruzione dell'interprete.

Il tema appena accennato sulla attuale validità dei principi che hanno tradizionalmente retto i diritti reali si interseca con l'istituto della cessione di cubatura. La cessione di cubatura è prima di tutto il contratto con il quale il proprietario di un fondo cede ad altri la possibilità di utilizzare la propria volumetria, che è la formula con la quale si indicano, in termini matematici, le dimensioni che potrà avere una costruzione in metri cubi edificabili in base agli strumenti urbanistici⁸. Una delle prime interpretazioni sulla natura di questa prassi-istituto ha ricostruito la tematica come concernente il trasferimento di un vero e proprio diritto reale immobiliare. Tale opinione, presto abbracciata dalla Cassazione⁹, ravvisava nella volumetria la facoltà di edificare quale utilità del fondo suscettibile di autonoma disposizione: in tal senso, il contratto di cessione di volumetria avrebbe ad oggetto un diritto reale immobiliare¹⁰. Perciò, occorre capire se alla luce delle valutazioni espresse in premessa sui

⁷ Per approfondimenti, R. GALLI, *Appunti di diritto civile*, cit., p. 143.

⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 273.

⁹ Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807.

¹⁰ C.M. BIANCA, *La proprietà, Diritto civile*, vol. VI, Milano, Giuffrè Ed., 1999, p. 319.

principi essenziali che reggono i diritti reali: a) se la cessione di cubatura abbia o meno ad oggetto un diritto reale; b) se, nel primo caso, tale diritto reale rientri nei diritti reali parziali già tipizzati dal legislatore; c) se l'introduzione nell'art. 2643 c.c. di un nuovo numero *2bis*, che sancisce la trascrizione dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori, abbia tipizzato un nuovo diritto reale nella specie dei diritti edificatori e quindi anche il diritto oggetto della cessione di cubatura oppure, a prescindere dalla natura reale o meno di tale diritto, si sia solamente limitato a fornire ai terzi uno strumento di tutela tipico dei diritti reali immobiliari.

2. La cessione di cubatura e le sue condizioni di ammissibilità.

Secondo la definizione che ne dà un'autorevole dottrina¹¹, la cessione di cubatura o di volumetria è il contratto con il quale il proprietario di un fondo attribuisce ad altri il diritto di utilizzare la propria volumetria, ossia la misura di edificabilità rapportata allo spazio del proprio fondo.

La cifra caratterizzante tale tematica è che la legge, almeno sino alla novella del 2011 che ha modificato l'art. 2643 c.c., non ha mai fornito una disciplina compiuta della cessione di cubatura. La l. 1150/42 (c.d. *legge ponte*) non si occupa della cessione di volumetria, che rappresenta per lo più una prassi applicativa influenzata dal diverso modo di recepirla da parte delle amministrazioni comunali. Tuttavia, l'art. 41*quinquies*¹² della citata regolamentazione legislativa ha introdotto il criterio dello *standard edilizio* ossia la possibilità che nell'attività di pianificazione del territorio la P.A. possa apporre indici inderogabili di densità edilizia.

L'operazione di cessione di cubatura è ammessa nel nostro ordinamento se rispetta una serie di requisiti richiesti dalla costante giurisprudenza¹³. Si ha una valida cessione di cubatura quando il proprietario di un'area edificabile trasferisce, conservando la proprietà del suolo, al proprietario di un'altra area avente conformazione urbanistica omogenea¹⁴ alla prima e compresa nella medesima zona del P.R.G. (ovvero dotata di standard plano-volumetrici identici), tutta o parte della cubatura utilizzabile per edificare sul proprio fondo, affinché il cessionario possa realizzare una volumetria maggiore sul suo fondo.

¹¹ C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 319.

¹² Introdotto dall'art. 17 della l. 6 agosto 1967 n. 765.

¹³ Cass. civ., sez. III, 25 giugno 2015, n. 26714.

¹⁴ Per conformazione urbanistica omogenea si intende che entrambi i fondi abbiano la medesima destinazione.

La Cassazione, anche di recente, ha precisato che onde evitare la facile elusione di vincoli posti alla realizzazione di manufatti edilizi in funzione della corretta gestione del territorio, per l'ammissibilità dell'operazione vanno rispettare determinate condizioni: i terreni in questione devono essere se non precisamente "contermini" quanto meno dotati del requisito della reciproca prossimità¹⁵, devono inoltre essere caratterizzati da omogeneità urbanistica (avere tutti la medesima destinazione) e dal medesimo indice di fabbricabilità originario. Si osserva infatti che se si ammettesse come legittima la cessione di cubatura tra terreni distanti tra loro si correrebbe il rischio di creare una situazione, rispettivamente, di "affollamento edilizio" nella zona dove sono ubicati i fondi cessionari e di carenza nelle zone dove sono collocati i terreni cedenti. Diversamente, il requisito del medesimo indice di edificabilità, come quello della medesima destinazione urbanistica, serve a scongiurare il rischio di lasciare insoddisfatte le esigenze di pianificazione urbanistica che erano state determinanti per la diversificazione degli indici di edificabilità o di destinazione tra le varie zone ove fosse consentito l'asservimento di un terreno avente un indice di fabbricabilità più vantaggioso di quello del terreno asservente, ovvero avente una diversa destinazione¹⁶.

Va precisato che una tale prassi si considera consentita quando per il rispetto dei limiti contenuti nella pianificazione urbanistica è indifferente che le potenzialità edificatorie di una determinata zona siano sfruttate da un unico soggetto o da più titolari di diversi terreni. Infatti, se non si superano gli standard ammessi nei piani, tali operazioni non ledono alcun interesse pubblico. In genere non si riconnettono conseguenze negative al solo fatto che la densità edilizia massima fissata dallo strumento urbanistico venga sfruttata dal proprietario di un'ampia estensione di terreno o da più proprietari associati o da uno dei proprietari che abbia ottenuto la cessione di facoltà edificatorie dei suoi vicini. Invece, nel caso in cui lo strumento urbanistico contenga specifiche limitazioni in ordine a tipologie edilizie o alla densità abitativa, in presenza di limitazioni siffatte il trasferimento di cubatura non deve ritenersi consentito¹⁷.

¹⁵ La giurisprudenza soprattutto amministrativa preferisce parlare di "fondi contigui" o comunque dotati di una "effettiva e significativa vicinanza" (vedi, *ex multis*, T.A.R. Campania, I sez., sent. n. 1657, depositata il 19 settembre 2014). Vedi anche Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6734.

¹⁶ Cass. civ., sez. III, 25 giugno 2015, n. 26714.

¹⁷ Cfr. T.A.R. Campania, sez. I, sent. 19 settembre 2014, n. 1657.

In estrema sintesi, la limitazione dell'esercizio del proprio *ius aedificandi* a favore del vicino appartenente alla medesima area urbanistica omogenea rispetta la pianificazione territoriale solo se – per questa – non è rilevante la distribuzione delle potenzialità edificatorie tra i proprietari esistenti, ma la distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo in cui esso è attualmente frazionato tra i privati¹⁸.

Si può pacificamente asserire che la cubatura costruttiva costituisce una *utilitas* del fondo, un bene in senso economico-giuridico, che il proprietario in tali casi rinuncia a sfruttare per sé e risulterà trasferita dall'uno all'altro proprietario dopo il rilascio della licenza edilizia e la realizzazione dell'opera¹⁹.

Diversa dalla fattispecie trattata è l'ipotesi in cui unico è il proprietario dei due terreni vicini e questi voglia costruire con una volumetria maggiore su uno di essi: in tal caso non si ha cessione di cubatura perché manca la duplicità delle posizioni soggettive tra le proprietà dei due fondi coinvolti e pertanto non si realizza alcun trasferimento di diritti. Secondo alcuni autori²⁰, al fine di ottenere il rilascio del permesso di costruire maggiorato, il proprietario di entrambi i fondi dovrà rinunciare al diritto di edificare mediante un negozio giuridico unilaterale che avrà come destinatario il Comune, il c.d. atto di asservimento su proprio fondo. Secondo altri autori²¹, invece, non sarebbe necessario un tale atto negoziale privatistico poiché il vincolo di inedificabilità sul secondo fondo sorgerebbe *ex lege* una volta realizzata la costruzione sulla base del titolo abilitativo maggiorato.

3. La natura giuridica dell'istituto: le teorie pubblicistiche e le teorie privatistiche.

Sulla natura giuridica della cessione di cubatura si sono delineate svariate opinioni²².

È prassi distinguere le tesi a base negoziale (che pur non negando il ruolo della P.A. ritengono prevalente l'autonomia negoziale) da quelle a base amministrativa (che esaltano la centralità del provvedimento amministrativo e

¹⁸ A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. Disc. Priv. – sez civile*, Appendice, vol. I, Torino, 2000, p. 735.

¹⁹ Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807.

²⁰ N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. Not.*, 1992, p. 1083.

²¹ P. FAVA, P. GIULIANO, F. SORANO, *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, Rimini, 2006, p. 544.

²² T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, L. GENGHINI, *I diritti reali, Manuali Notarili*, a cura di L. GENGHINI, vol. V, Padova, CEDAM, 2011, p. 269 e ss..

che o non ritengono necessario l'adozione dell'atto tra privati o reputano che si tratti di una fattispecie a formazione progressiva dove la fase negoziale acquista rilievo giuridico solo se la P.A. concede un provvedimento di autorizzazione).

Pur sfruttando tale classificazione nella disamina che segue circa le varie tesi emerse in dottrina e in giurisprudenza sulla natura giuridica della cessione di cubatura, si osserva che sarebbe più corretto assumere un punto di vista pratico piuttosto che tecnico-giuridico. In tal caso, la questione andrebbe affrontata non tanto dibattendo sulla natura giuridica del contratto di cessione di cubatura ma piuttosto inquadrata sulle diverse modalità attraverso cui in concreto viene perfezionato il trasferimento di volumetria e che, in sostanza, dipende dallo strumento giuridico richiesto dalle amministrazioni comunali al fine di trasferire le potenzialità edificatorie da un fondo ad un altro.

Partendo dal gruppo di tesi riconducibili ad una lettura privatistica, *in primis*, si esamina la già citata tesi secondo cui oggetto del contratto di cessione di volumetria è il trasferimento di un diritto reale e che è stata sostenuta dalla prevalente giurisprudenza sin dalla fine degli anni '80²³. La cubatura è un'*utilitas* che diventa oggetto di trasferimento ed assume la forma di un diritto reale il cui relativo negozio traslativo necessita della forma scritta (ai sensi dell'art. 1350 c.c.) e della trascrizione (ancor prima della novella del 2011 che intervenendo sull'art. 2643 c.c. ha ora disciplinato la trascrizione dei diritti edificatori). Tuttavia secondo la ricostruzione prospettata pende sul contratto, quale condizione risolutiva, il mancato rilascio della concessione edilizia maggiorata.

Questa prima ricostruzione è stata oggetto di critiche. L'indirizzo contrario²⁴ esclude che l'ordinamento consenta che possa configurarsi in capo al

²³ Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, cit., secondo la quale: «Quando, senza cedere anche il suolo (cui inerisce, secondo la normativa urbanistica, una determinata volumetria costruttiva) il proprietario rinuncia a sfruttare per sé tale volumetria, al fine di mettere in grado il proprietario del fondo finitimo di chiedere licenza edilizia per una costruzione sul fondo di volume maggiore di quella ad esso spettante, avvalendosi della volumetria cui il cedente ha rinunciato in suo favore, non vi è dubbio che la *utilitas* in questione, dopo il rilascio della licenza edilizia e la realizzazione dell'opera, risulterà trasferita dall'uno all'altro proprietario e il diritto dell'uno ampliato di quanto l'altro sarà stato ridotto. Ciò basta per evidenziare la realtà del diritto trasferito ed anche il carattere negoziale dell'atto che le parti hanno posto in essere al fine di permettere il detto effetto». Vedi, più di recente, Cass. civ., sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979.

²⁴ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, artt. 2643-2645bis*, in *Il codice civile. Commentario*, vol. I, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1988, p. 661.

proprietario un potere di scindere le singole facoltà di cui è titolare (in tal caso lo *ius aedificandi*) e di trasferirle quali nuovi e autonomi diritti reali.

Affine alla prima tesi è quella che sostiene che l'oggetto della cessione di cubatura sarebbe un diritto di superficie atipico²⁵: il contratto andrebbe interpretato quale alienazione separata di una costruzione ancora non edificata. In senso contrario²⁶ si è rilevato che il cessionario del diritto di cubatura non acquisisce un diritto di edificare su cosa altrui, cui semmai sottrae volumetria. La cessione di cubatura si allontana così tanto dai requisiti sostanziali del diritto di superficie, che consiste nel fare o mantenere una costruzione su fondo altrui (art. 952 c.c.), che una tale divergenza non può far ritenere che la cessione di volumetria rientri nella figura tipica del diritto reale limitato. Questa ricostruzione violerebbe così sia il principio di tipicità dei diritti reali che quello del numero chiuso.

Altra tesi²⁷, invece, abbandona la ricostruzione in termini contrattuali per abbracciare quella secondo cui ciò che è rilevante è l'assunzione da parte del proprietario di un vincolo unilaterale. Quest'ultimo, infatti, è tenuto ad obbligarsi unilateralmente a non richiedere al Comune alcun titolo abilitativo (quello che viene definito il c.d. atto di asservimento), ritenuto trascrivibile ai sensi dell'art. 2643, n. 5), c.c..

Sulla base di una argomentazione analoga a quella mossa a critica della prima tesi, un parte della dottrina²⁸ ha sottolineato che il proprietario non può rinunciare ad una singola facoltà contenuta nel diritto di proprietà. L'ordinamento, infatti, conosce la sola rinuncia abdicativa del diritto di proprietà, che è una rinuncia piena al diritto dominicale. In ogni caso la tesi esaminata non spiega come dalla rinuncia possa derivare l'acquisto della potenzialità edificatoria da parte di altro soggetto, che è il naturale fine cui mira la prassi della cessione di cubatura.

²⁵ Cfr. S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989. In giurisprudenza risalenti pronunce hanno accolto tale orientamento: Cass. civ., sent. 20 ottobre 1976, n. 3639, Cass. civ., 1 giugno 1953, n. 1655.

²⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 273. L'Autore contesta alla tesi del diritto reale analogo al diritto di superficie il concetto di *inerenza virtuale* che i sostenitori della tesi in esame utilizzano per spiegare quando, durante la fase di autonoma circolazione, manca il terreno di riferimento e quindi manca l'inerenza al bene che è caratteristica imprescindibile della realtà, in quanto «priva di senso giuridico».

²⁷ R. TRIOLA, *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. Not.*, 1974, p. 115.

²⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, artt. 2643-2645bis, cit., p. 662.

Sempre nell'ambito delle tesi privatistiche ha avuto un certo seguito, soprattutto in dottrina²⁹, quella del contratto costitutivo di una servitù. Il contratto di cessione di cubatura sarebbe diretto a costituire una servitù di non edificare, se il trasferimento di cubatura è totale, o una servitù *altius non tollendi*, se invece il trasferimento è parziale. In più il contratto sarebbe sempre sottoposto alla condizione risolutiva del rifiuto del rilascio del permesso di costruire. I caratteri che l'istituto in esame condividerebbe con il diritto reale di servitù sono, oltre alla vicinanza dei fondi, l'appartenenza degli stessi a due proprietari differenti e l'incremento del valore e dell'utilità del fondo dominante a seguito dell'acquisto di una edificabilità maggiorata. Normalmente la figura si completa con un *atto d'obbligo* con cui il proprietario del fondo servente, ossia il fondo appartenente al proprietario cedente, si obbliga nei confronti del Comune a non richiedere il rilascio del titolo per poter edificare.

Le tesi opposte³⁰ osservano che, diversamente dalla servitù prediale di non edificare, il peso gravante sul fondo servente consiste non soltanto in un *non facere* ma anche in un *pati* (sopportare che sul fondo vicino insista un fabbricato di volumetria maggiore). In secondo luogo, il concetto di *vicinitas* della cessione di volumetria si allontana da quello tradizionale della *vicinitas* tra fondo servente e fondo dominante. L'utilità, che si ottiene solo a seguito della emanazione del provvedimento amministrativo e non per effetto della stipula dell'accordo, non avrebbe carattere permanente dato che si esaurirebbe con il rilascio della concessione maggiorata³¹. Viene infine osservato che essendo la

²⁹ M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 685. L'Autore descrive tale servitù come un peso gravante sul fondo servente che «non consiste solo in un *non facere* (non edificare), ma anche in un *pati* (sopportare che, su un certo fondo confinante, insista una costruzione di volume superiore agli indici di densità fondiaria stabiliti dallo strumento urbanistico)». In termini anche una nota sentenza degli anni '70 secondo la quale le pattuizioni con cui vengono imposte limitazioni all'edificabilità costituiscono una «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 della servitù» (Cass. civ., 25 ottobre 1973, n. 2743).

³⁰ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, artt. 2643-2645bis*, cit., p. 660. Secondo l'Autore il prevalente interesse del preteso titolare della servitù attiva è quello di acquisire il diritto di costruire per una cubatura superiore e non quello di costituire una servitù di non edificare a carico del cedente.

³¹ Questo è quanto sostenuto da A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994, p. 25. *Contra* M. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, cit., pp. 2273-2279, secondo il quale anche l'*utilitas* nella servitù può avere carattere temporaneo e, nella cessione di cubatura, l'utilità non è costituita dal provvedimento di concessione ma consiste nella possibilità di mantenere sul proprio fondo una costruzione aumentata.

servitù rinunciabile dal proprietario del fondo dominante non si attribuirebbe al Comune una garanzia reale di inedificabilità.

Conclusa la disamina delle teorie di stampo privatistico, si passa ora a trattare altri due orientamenti, emersi in giurisprudenza e in parte della dottrina³², che per ricostruire l'istituto fanno leva sugli aspetti prettamente pubblicistici del fenomeno.

Secondo una prima tesi³³ quella che viene posta in essere è una fattispecie a formazione progressiva (c.d. tesi del negozio ad effetti obbligatori), in cui l'accordo tra privati ha effetti soltanto obbligatori tra i suoi sottoscrittori. La peculiarità di tale atto negoziale è che questo ha come destinatario l'autorità comunale e non il beneficiario della volumetria maggiorata. Precisamente, prestazioni oggetto del negozio sono il duplice impegno del cedente nei confronti del concessionario a non richiedere il titolo abilitativo e a far fronte a tutto quanto necessario per agevolare il rilascio del provvedimento a favore dell'altro. L'esistenza di un accordo tra privati resta tuttavia imprescindibile. L'importanza dell'autonomia privata nella vicenda sarebbe limitata alla funzione di creare i presupposti necessari ad una eventuale modificazione del P.R.G. da parte della P.A., mentre il trasferimento di cubatura avrebbe effetto nei confronti dei terzi solo con la concessione edilizia. Tale ricostruzione, tuttavia, non consentirebbe la trascrizione del negozio, in quanto si tratta di un negozio ad effetti obbligatori (quanto meno prima della novella del 2011), e se per ovviare a questo difetto di tutela le parti avessero convenuto sull'obbligo del cedente di non alienare ad altri il fondo per tutto il tempo necessario a completare l'iter amministrativo (onde evitare di vanificare l'effetto solo obbligatorio dell'impegno assunto dal cedente) di un tale impegno si potrebbe rilevare il contrasto con la tutela della proprietà privata prevista dalla Costituzione.

Passando alla seconda linea interpretativa pubblicistica, il Consiglio di Stato³⁴ ha sostenuto la tesi dell'autosufficienza del provvedimento amministrativo. Il

³² M. COSTANZA, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, CEDAM, 1989, vol. I, p. 372. Secondo questo Autore l'esistenza stessa del diritto a costruire ad una volumetria maggiorata dipende dal rilascio del provvedimento amministrativo, perciò il suo ruolo non può essere limitato a quello di condizione di efficacia del contratto di cessione.

³³ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, artt. 2643-2645bis, cit., p. 660; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, p. 101. In giurisprudenza, Cass. civ., sent. 24 settembre 2009, n. 20623; Cass. civ., sent. 22 febbraio 1996, n. 1352.

³⁴ Cfr. T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, L. GENGHINI, *I diritti reali*, cit., p. 285. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., sent. 28 giugno 2000, n. 3637.

vincolo di asservimento sorge solo con il rilascio del permesso di costruire ma comporta un duplice vantaggio: da un lato, il vincolo di asservimento che sorge quando è ottenuto il permesso di costruire costituisce una qualità obiettiva del fondo, dall'altro, non è necessario adottare alcun atto di asservimento di natura negoziale (né ad effetti obbligatori né ad effetti reali). In tal modo viene risolto l'inconveniente della inopponibilità del trasferimento di volumetria ai terzi o ai successivi acquirenti del fondo che rendeva fallibile la precedente ricostruzione del problema in termini di contratto ad effetti obbligatori.

Contro quest'ultima impostazione prettamente pubblicistica va apprezzato che le tesi privatistiche³⁵, in risposta a quelle critiche che facevano leva sul ruolo preminente della volontà dell'autorità concedente e che facevano dipendere l'esistenza stessa del diritto ad una volumetria maggiorata dalla concessione, sostengono che la volontà dell'amministrazione può solo condizionare l'efficacia del contratto di cessione ma ciò non toglie che il contratto pone un limite alla proprietà del cedente e che la concessione venga rilasciata solo sul presupposto che essa trovi riscontro nel diritto acquisito a carico del fondo limitrofo per mezzo di questo accordo.

4. La trascrizione dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori ai sensi dell'art. 2643, n. 2-bis, c.c..

Prima della novella del 2011, che ha modificato l'art. 2643 c.c., una parte della dottrina partendo dall'inquadramento della cessione di cubatura come istituto a metà strada tra diritto pubblico e privato in quanto necessitante di un atto di natura pubblicistica e di un atto di natura privatistica riteneva di inquadrare quest'ultimo nell'ambito dell'istituto del vincolo di destinazione, *ex art. 2645ter c.c.*, con conseguente applicazione del relativo regime della trascrizione. Elemento in comune con la figura introdotta nel 2005³⁶ sarebbe il vincolo a carico del cedente che con l'atto di cessione si obbliga a non utilizzare l'area di sua proprietà a fini edificatori e di conseguenza si auto-impone un vincolo di non edificazione. Tale corrispondenza ai requisiti che sono richiesti dall'art. 2645ter c.c. ne consentirebbe la trascrizione e l'opponibilità *erga omnes*, tuttavia nei ristretti limiti di tempo di novanta anni o della vita del beneficiario persona fisica.

³⁵ C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 322.

³⁶ Vedi d.l. n. 273 del 30 dicembre 2005, conv. in l. n. 51 del 23 febbraio 2006.

Questo sta a denotare che è stato sempre presente tra gli operatori del diritto l'obiettivo pratico di fornire in via interpretativa uno strumento di tutela dei terzi in termini di stabilità del diritto acquisito mediante il contratto di cessione di cubatura e di sottrarre questi soprattutto dal rischio delle doppie alienazioni. Il Legislatore del 2011 ha provveduto a fornire una soluzione espressa consentendo la trascrizione dei contratti di cessione di cubatura senza però procedere all'introduzione di una disciplina di natura sostanziale *ad hoc*.

Il D.L. 70/2011 modifica il testo dell'art. 2643 c.c. regolando la trascrizione degli atti produttivi di vicende circolatorie sui diritti edificatori.

Ad una prima analisi sembrerebbe che l'intervento normativo abbia risolto la problematica sulla natura giuridica della cessione di cubatura in chiave privatistica. In effetti, l'unica disciplina di rango legislativo estensibile alla cessione di cubatura è ad oggi quella sulla trascrizione degli atti di circolazione dei diritti edificatori. Ciò comporta l'applicazione del regime di cui all'art. 2644 c.c. secondo cui il conflitto tra più acquirenti dello stesso diritto su un certo bene o di diritti eterogenei tra loro incompatibili viene risolto in base all'antioriorità dell'attuazione della formalità pubblicitaria: colui che per primo ha fatto trascrivere nei pubblici registri il titolo dal quale trae origine il suo diritto è preferito rispetto a colui che non ha trascritto affatto o ha trascritto successivamente il proprio titolo di acquisto³⁷. Secondo la dottrina che riconduce l'istituto in esame in un'ottica tendenzialmente pubblicistica³⁸, per dare un senso alla disposizione di cui all'art. 2643, n. 2**bis**, c.c., deve ritenersi che il Comune possa rilasciare il permesso di costruire con cubatura maggiorata solo in favore del cessionario che vanti la priorità della trascrizione. Secondo il citato filone privatistico³⁹, il legislatore non ha soltanto dettato una norma relativa alla trascrizione ma ha disciplinato il profilo sostanziale dell'istituto della cessione di cubatura. Il diritto edificatorio è configurato come un diritto reale immobiliare, dotato di diritto di seguito, di opponibilità a terzi, di absolutezza ed immediatezza. Con ciò l'intervento del legislatore avrebbe consentito di inquadrare il contratto di cessione di cubatura nel novero dei diritti reali tipici: grazie alla previsione di una espressa disposizione di legge non è violato il principio del *numerus clausus* dei diritti reali. Tuttavia, in assenza di una specifica e compiuta disciplina della cessione di cubatura, per

³⁷ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1441.

³⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 274.

³⁹ G. ALPA, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 637.

gli altri aspetti si dovrà fare ricorso all'interpretazione sistematica delle norme del codice e delle leggi speciali.

In realtà, si presenta di non poco momento il problema dell'assenza di una specifica e compiuta disciplina della situazione giuridica oggetto di una cessione di volumetria - ossia il diritto reale di fare un costruzione con una volumetria maggiorata - che consentirebbe di staccare dal diritto di proprietà di un terreno, dal quale il diritto edificatorio sorge, alcune facoltà che confluirebbero nel contenuto di un autonomo diritto reale, il diritto edificatorio, che per potersi inverare necessiterebbe pur sempre di consolidarsi con la proprietà di un terreno suscettibile di destinazione edilizia.

La giurisprudenza della Corte di cassazione⁴⁰ dal canto suo ribadisce che la cessione di cubatura è istituto di fonte negoziale in forza del quale è consentita, salvo il caso di comune titolarità dei due terreni, la cessione della cubatura edificabile propria di un fondo in favore di un altro fondo, cosicché, invariata la cubatura complessiva risultante, il fondo cessionario sarà caratterizzato da un indice di edificabilità superiore a quello originariamente goduto.

Altra parte della dottrina⁴¹ continua a cogliere solo una precipua lettura privatistica. Questa ritiene che con la novella non sia neanche stato introdotto un diritto reale tipizzato ma che la cessione di cubatura rappresenta una modificazione o meglio un adattamento del contenuto di un diritto reale tipico. Alla luce di tale chiave di lettura la dottrina menzionata trae queste conclusioni: se da un lato vige ancora il principio del numero chiuso in base al quale sono inammissibili i diritti reali che abbiano una fonte esclusivamente convenzionale, dall'altro è stato "demitizzato" il principio della tipicità degli stessi in quanto si ammette la possibilità che i privati derogino, modifichino e innovino senza stravolgere il contenuto dei diritti reali. Per esigenza di certezza dei traffici giuridici, i privati devono limitarsi ad adattare gli schemi tipici alle loro esigenze attraverso la mera modifica o integrazione dei diritti reali previsti dalla legge, salvaguardandone i connotati ed i caratteri fondamentali.

Per affrontare un'analisi sistematica della nuova disposizione sulla trascrizione degli atti relativi ai beni immobili appare opportuno partire dalla lettera della norma che al numero *2bis* ha ad oggetto «i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di

⁴⁰ Cass. pen., sez. III, 25 giugno 2015, n. 26714.

⁴¹ G. ALPA, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 573.

pianificazione territoriale». A primo impatto sembrerebbe che effettivamente la norma includa dette situazioni giuridiche tra i c.d. diritti immobiliari. Gli atti rispetto ai quali la trascrizione svolge la funzione di dirimere il conflitto tra più acquirenti dal medesimo titolare, indicati nell'art. 2643 c.c., sono inseriti in un'elencazione non esemplificativa ma tassativa e si individuano, innanzitutto, in relazione ai beni che ne costituiscono oggetto ovvero i beni immobili e, in secondo luogo, in relazione agli atti che comportano trasferimento, costituzione, estinzione o modificazione di diritti reali⁴².

Tuttavia l'introduzione di una disciplina che specificamente contempli la trascrivibilità dei contratti che trasferiscono diritti edificatori non può essere considerata risolutiva della questione circa la natura reale o meno dei diritti edificatori, in quanto la trascrizione non vale ad attribuire natura reale a situazioni giuridiche che sul piano sostanziale ne siano prive⁴³. Soltanto in alcune specifiche ipotesi la legge ammette la trascrizione anche di atti produttivi di soli effetti obbligatori (si pensi alla trascrizione dei contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni) ma di regola un contratto produttivo di meri effetti obbligatori (ad esempio, la concessione di una prelazione convenzionale su un bene immobile) non può costituire oggetto di trascrizione e quand'anche fosse trascritto, il relativo diritto non diverrebbe per ciò solo opponibile *erga omnes*.

I diritti edificatori⁴⁴ cui fa riferimento la norma appartengono a una categoria che inerisce a fenomeni perequativi. Questi ultimi sono disciplinati dalla legge fondamentale in materia urbanistica n. 1150/1942, dalla legge 47/1985 e in numerose altre leggi in materia urbanistica e hanno avuto particolare sviluppo nella normativa regionale. Gli istituti perequativi (la perequazione propriamente detta, la compensazione, l'incentivazione) costituiscono una tecnica urbanistica che tende all'equa distribuzione degli oneri della trasformazione urbanistica del territorio con un fine di giustizia sostanziale. Anche alcune leggi finanziarie se ne sono occupate, come quelle per il 2007 e il 2008⁴⁵, disponendo che il Comune possa attribuire una data cubatura ad un soggetto, oltre quanto

⁴² Per approfondimenti vedi A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1450.

⁴³ R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2012, p. 123.

⁴⁴ R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo*, cit., p. 120.

⁴⁵ Cfr. l. n. 244 del 24 dicembre 2007, art. 1, commi 258 e 259; d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, conv. in l. n. 133 del 6 agosto 2008, art. 11.

previsto dagli strumenti urbanistici, attraverso i c.d. accordi compensativi, o perequativi o premiali, per la realizzazione di interventi di riqualificazione urbana e di recupero ambientale⁴⁶. Gli istituti di perequazione generano diritti edificatori ovvero fenomeni di scissione della capacità edificatoria della proprietà dal fondo da cui ha origine: lo *ius aedificandi* diviene trasferibile e negoziabile e tali peculiari diritti edificatori, connessi a fenomeni di perequazione, rimangono svincolati dalla titolarità di un terreno e restano privi del carattere dell'inerenza.

Occorre a tal punto capire se si fa riferimento a due fenomeni distinti quando si parla di cessione di diritti edificatori e di cessione di cubatura. Vero è che la separazione della volumetria del terreno dal fondo sottostante è nota caratterizzante anche il contratto di cessione di cubatura, però solo per la cessione di cubatura è anche necessario che siano individuati il fondo cedente e quello del cessionario, laddove i diritti edificatori appaiono svincolati dalla titolarità di un fondo nel senso che il beneficiario di diritti edificatori potrebbe non essere proprietario di un altro fondo su cui sfruttare la volumetria e conservare i diritti edificatori in vista di un acquisto futuro di un terreno o della cessione a terzi. I diritti edificatori connessi a forme di perequazione urbanistica previste da alcune legislazioni regionali non presuppongono neanche la *vicinitas*, cui si è fatto riferimento quale indefettibile condizione di legittimità della cessione di cubatura. Inoltre, come visto in precedenza e ribadito dalla giurisprudenza⁴⁷, la cessione di cubatura può avvenire solo tra aree comprese in una stessa zona, mentre i diritti edificatori possono essere negoziati anche tra aree comprese in comparti discontinui.

In ogni caso l'art. 2643, n. 2bis, c.c. comprende in sé sia il fenomeno precipuo della cessione di cubatura, sia più in generale la circolazione dei diritti edificatori. Infatti, secondo l'art. 2643, n. 2bis, c.c. oltre che traslativo, come nella cessione di volumetria, il contratto dovrebbe poter essere anche costitutivo o modificativo, e considerando che i diritti edificatori possono essere costituiti o modificati solo dagli strumenti urbanistici la norma potrebbe riferirsi solo agli accordi premiali o compensativi⁴⁸.

⁴⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 273.

⁴⁷ *Ex multis* Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2010, n. 6352; Cass. civ., sez. II, 4 gennaio 2013, n. 100.

⁴⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 118.

Secondo un'autorevole dottrina⁴⁹ chi ipotizza la nascita di un nuovo diritto reale immobiliare grazie alla nuova disciplina commette un errore in quanto il contratto che avrebbe ad oggetto tale diritto si inserisce pur sempre in un procedimento amministrativo. Pertanto, se è vero che dopo la novella non possa più parlarsi di cessione di cubatura come di un contratto ad effetti obbligatori, secondo tale dottrina l'oggetto del contratto sarebbe l'interesse legittimo pretensivo di cui il cedente è titolare nel procedimento amministrativo, ossia la *chance* edificatoria. Per cui il contratto trascritto diviene presupposto del procedimento amministrativo e la trascrizione in sé acquista con il Comune una funzione in qualche modo costitutiva.

5. Conclusioni.

Neanche in dottrina è ancora del tutto risolta la questione sulla natura giuridica degli effetti della cessione di cubatura, quanto quella degli effetti della cessione dei diritti edificatori. Perciò, per rispondere al primo e al secondo quesito posto all'inizio del presente lavoro non si può dire con certezza che la cessione di cubatura abbia ad oggetto un diritto reale, né tanto meno che il legislatore abbia davvero provveduto a tipizzarlo data la limitatezza e la parzialità della regolamentazione introdotta nel 2011.

In merito al terzo quesito (se con l'introduzione nell'art. 2643 c.c. di un nuovo numero *2bis* il legislatore abbia provveduto a tipizzare un nuovo diritto reale nella specie dei diritti edificatori, e, quindi, il diritto oggetto del contratto di cessione di cubatura, oppure si sia limitato a fornire i terzi di uno strumento di tutela tipico dei diritti reali immobiliari), va osservato che un'utile chiave di lettura è da ricercare nella *ratio legis* della novella del 2011⁵⁰.

Nelle mire del legislatore c'era l'obiettivo di garantire la certezza nella circolazione dei diritti edificatori e quello di tipizzare un nuovo schema contrattuale, non tanto risolvere la questione sulla natura giuridica dei diritti edificatori e quindi della cessione di volumetria. Ciò detto, lo scopo di tutela dei terzi è conseguito nei limiti in cui il regime di opponibilità degli atti in questione non dipende dalla natura reale o obbligatoria della situazione descritta. Perciò,

⁴⁹ A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Rivista Giur. Urb.*, 2007, II, p. 302; vedi anche A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *www.giustamm.it*, n. 10-2008 e in *Rivista Giur. Urb.*, 2008, pp. 429 e ss..

⁵⁰ R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo*, cit., p. 123.

prescindendo dalla questione qualificatoria, alla luce della nuova normativa, l'eventualità della doppia cessione di diritti edificatori va risolta ai sensi dell'art. 2644 c.c. diversamente da come avveniva in precedenza. In passato, infatti, laddove non si ammetteva estensione delle disposizioni sulla trascrizione ma l'applicazione dei soli principi di diritto amministrativo, si riteneva che in caso di doppia cessione di cubatura dovesse prevalere chi per primo avesse ottenuto il rilascio di una concessione edilizia a volumetria maggiorata.

In conclusione, seppure si volesse accettare l'idea che i diritti edificatori siano stati disciplinati dal legislatore quali nuovi diritti reali immobiliari resterebbe osservato il principio del *numerus clausus*, che limita la fonte dei diritti reali a quella legale, tuttavia sarebbe arduo garantire il rispetto dell'altro principio, quello di tipicità che preclude all'autonomia privata di modificare il contenuto essenziale dei singoli diritti reali, poiché in mancanza di una disciplina compiuta che tratteggi i connotati ed i caratteri fondamentali dell'istituto occorrerà fare ricorso all'interpretazione sistematica delle norme del codice civile e delle leggi speciali.