

I DIRITTI EDIFICATORI: NATURA E REGIME GIURIDICO

Secondo Cass. 20 maggio 2009, n. 21177, l'istituto del c.d. "asservimento di terreno per scopi edificatori" (o cessione di cubatura) — al quale, secondo pacifica interpretazione giurisprudenziale, può farsi ricorso pure in mancanza di un riconoscimento espresso da parte di fonti normative — consiste in un accordo tra proprietari di aree contigue, aventi la stessa destinazione urbanistica, in forza del quale il proprietario di un'area "cede" una quota di cubatura edificabile sul suo fondo per permettere all'altro di disporre della minima estensione di terreno richiesta per l'edificazione, ovvero di realizzare una volumetria maggiore di quella consentita dalla superficie del fondo di sua proprietà. Gli effetti che ne derivano hanno carattere definitivo ed irrevocabile, integrano una qualità oggettiva dei terreni e producono una minorazione permanente della loro utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario.

Secondo un primo orientamento, c.d. pubblicistico, la cessione di cubatura era un contratto atipico ad effetti obbligatori avente natura di atto preparatorio e procedimentale, senza oneri di forma pubblica o di trascrizione, finalizzato al trasferimento di volumetria, la cui fonte era ritenuta esclusivamente il provvedimento amministrativo (T.a.r. Veneto 10 settembre 2004, n. 3263; Cons. Stato 28 giugno 2000, n. 3637): si riteneva quindi non necessario un vero e proprio atto di asservimento o cessione, reputandosi sufficiente l'adesione del cedente, da manifestarsi o sottoscrivendo l'istanza e/o il progetto del cessionario; o rinunciando alla propria cubatura a favore di questi o notificando al comune tale sua volontà, mentre si riteneva che il c.d. vincolo di asservimento rispettivamente a carico e a favore del fondo si costituisse, sia per le parti che per i terzi, per effetto del rilascio del titolo abilitativo edilizio, che legittimava lo *ius aedificandi* del cessionario sul suolo attiguo (Cass. 12 settembre 1998, n. 9081).

Secondo un diverso orientamento, c.d. privatistico, invece, vi era necessità di strumenti negoziali privatistici (atto d'obbligo o servitù, e trascrizione), quando il proprietario di un terreno intendeva asservirlo a favore di un altro proprietario limitrofo, per ottenere una volumetria maggiore di quella che il suo solo terreno gli avrebbe consentito (Cons. Stato 29 luglio 2008, n. 3766; Cons. Stato 23 marzo 2004, n. 1525), configurandosi in tale ottica un atto "assimilabile al trasferimento di un diritto reale immobiliare" (Cass. 14 maggio 2007, n. 10979; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807). Si discuteva poi, nell'ambito di quest'ultima impostazione, se il mezzo tecnico di produzione dell'effetto fosse la costituzione di una servitù di non edificare, ovvero di un diritto reale "atipico" e *sui generis*.

Da ciò una situazione di incertezza, che non riguardava in realtà direttamente la trascrivibilità o meno, ma si poneva "a monte", ed atteneva piuttosto alla natura giuridica della situazione giuridica creata con il c.d. atto di cessione di volumetria. Nell'ottica, poi, del bilanciamento degli interessi coinvolti, è evidente come la "tesi pubblicistica" legittimava la conformazione *ope legis* — per

effetto del rilascio del titolo abilitativo edilizio, ed a prescindere da qualsiasi pubblicità e quindi conoscibilità legale – del diritto di proprietà del fondo “asservito”: in altri termini, quest’ultimo fondo veniva “privato” della volumetria edificabile con efficacia “reale”, e tale privazione, anche se “occulta”, era opponibile a qualsiasi successivo acquirente di diritti sul fondo medesimo. All’opposto, la “tesi privatistica” privilegiava la sicurezza della circolazione giuridica, e nel far ricorso ai congegni civilistici della “realità” e della opponibilità a terzi subordinata alla trascrizione, tutelava il terzo acquirente che non avesse avuto modo di accertarsi – tramite lo strumento della trascrizione – del vincolo “reale” gravante sul fondo asservito.

– LA REALE PORTATA DELL’ART. 2643, N. 2-BIS, C.C.

Intervenendo nella situazione sopra descritta, il legislatore ha inteso sgombrare il campo dalle descritte discussioni, e – optando decisamente per la “tesi privatistica” – ha conseguito il risultato di “garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori”, ed anche nella circolazione riguardante il diritto di proprietà sugli immobili interessati. Ciò ha fatto prevedendo la trascrizione degli atti produttivi di vicende circolatorie sui c.d. “diritti edificatori” con il nuovo n. 2-bis dell’art. 2643; determinando, in tal modo, l’applicazione dell’art. 2644 c.c., con l’effetto principale (anche se non unico) di rendere *inopponibili ai terzi acquirenti di diritti sull’immobile asservito la costituzione, il trasferimento o la modificazione del diritto edificatorio, qualora non trascritti*.

Ciò che è importante chiarire è che l’art. 2643, n. 2-bis c.c. ha consentito di raggiungere il risultato sopra descritto non solo e non tanto prevedendo espressamente la trascrizione a fini di opponibilità; ma soprattutto configurando – in assenza di altre norme che disciplinino il profilo “sostanziale” delle vicende in oggetto – la situazione giuridica in esame (il “diritto edificatorio”) come un vero e proprio “diritto immobiliare” (nell’accezione accolta dall’art. 2645 c.c.: ossia un “diritto inerente all’immobile”, e come tale dotato di “diritto di seguito” ed opponibile a terzi). In quest’ottica, come già era avvenuto con l’introduzione nel codice dell’art. 2645-ter c.c., il legislatore non ha dettato una norma riguardante “soltanto” la trascrizione, ma ha nel contempo disciplinato (nel modo che si dirà) il profilo “sostanziale” dell’istituto: in conformità, del resto, all’espressa motivazione contenuta nella legge, quella di “tipizzare” un “nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura”.

Quanto sopra affermato riveste una notevole importanza al fine di individuare il reale contenuto della novella: se, infatti, la “tipizzazione” del diritto edificatorio quale “diritto immobiliare”, opponibile a terzi, fosse stata già operata con altra norma sostanziale, non pare dubbio che – in conformità, del resto, alla prassi preesistente – le relative vicende sarebbero già state soggette a trascrizione ai sensi dell’art. 2645 c.c., e la norma appena introdotta sarebbe stata inutile (sull’attuale portata del c.d. principio di “tassatività” delle ipotesi di trascrizione, e sulla sua evoluzione – alla luce degli attuali formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale – in un

principio di “tipicità”, che non presuppone più l’espressa previsione di trascrivibilità dei singoli atti riguardanti le vicende riguardanti beni immobili, ma richiede pur sempre che tali vicende riguardino “diritti immobiliari” (art. 2645 c.c.), opponibili a terzi, cfr. PETRELLI, *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, ESI, Napoli, 2009).

– LA NOZIONE, LA NATURA GIURIDICA ED IL CONTENUTO DEL “DIRITTO EDIFICATORIO”.

L’art. 2643, n. 2-bis, c.c., ha ad oggetto i “diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”. In tal modo, come già detto, dette situazioni giuridiche vengono incluse tra i c.d. “diritti immobiliari” (categoria generale contemplata dall’art. 2645 c.c.), inerenti all’immobile, caratterizzati da diritto di seguito ed opponibili a terzi. Nel contempo, dettando una disposizione distinta ed autonoma rispetto a quella contenuta nell’art. 2643, n. 4, c.c., la legge differenzia nettamente il “diritto edificatorio” dalla servitù prediale (non vi sarebbe stata, diversamente, necessità di una apposita previsione normativa). Si tratta, a questo punto, di individuare i caratteri distintivi tra le due situazioni giuridiche. Per un verso, come già sostenuto da una parte della dottrina prima della riforma, a differenza della servitù che, in quanto peso a carico del fondo servente non può avere un contenuto positivo, ma solo quello negativo di “non edificare”, il “diritto edificatorio” attribuisce un’utilità positiva a colui che lo acquista: la possibilità di edificare utilizzando la “volumetria ceduta”, salva la necessità del titolo abilitativo edilizio. Per altro verso, il n. 2-bis si differenzia dal n. 4 dello stesso art. 2643 anche sul piano precettivo, in quanto contempla, oltre alla vicenda costitutiva ed a quella modificativa che sono le sole contemplate in materia di servitù prediali, anche la vicenda “traslativa”: ciò significa che il diritto edificatorio può costituire oggetto di trasferimento separatamente ed autonomamente, e non accede ad uno specifico fondo “dominante”; in altri termini, detto diritto edificatorio può essere attribuito ad una determinata persona, piuttosto che vincolato ad un determinato “fondo dominante” (ed è in tal modo consentito all’acquirente di “disporne”, sia alienandolo ulteriormente, sia utilizzandolo a beneficio di qualsiasi fondo di sua proprietà).

Questa “utilità positiva”, che il diritto edificatorio attribuisce al relativo titolare, corrisponde ad una delle facoltà di godimento del fondo “asservito”: in modo non dissimile da altri diritti “immobiliari” (usufrutto, uso, abitazione, enfiteusi, superficie), si tratta di un diritto caratterizzato – oltre che dal diritto di seguito e conseguente opponibilità ai terzi acquirenti – da “immediatezza” (nel senso che il relativo titolare può fruirne a prescindere dall’intermediazione del proprietario del fondo asservito), e da “assolutezza” (tutelabilità *erga omnes*). A differenza di altri “diritti immobiliari” che tali qualità non posseggono (in particolare, dai diritti personali di godimento), il “diritto edificatorio” configura pertanto un vero e proprio *diritto reale di godimento*.

Trattasi, per altro verso, di *diritto reale “nominato”*, in quanto espressamente contemplato da una norma di legge (l’art. 2643, n. 2-bis, c.c., che come già detto non esclusivamente una norma in materia di trascrizione); ciò consente di rispettare il c.d. principio di tipicità dei diritti reali (il quale è stato, peraltro, anche di recente posto in discussione), pur in assenza di una espressa e compiuta disciplina di detto diritto reale, la quale deve essere quindi ricavata mediante l’interpretazione sistematica delle norme del codice, oltre che delle leggi speciali. Per fare un esempio, occorrerà verificare se detto diritto sia soggetto alla prescrizione nel termine ordinario decennale (art. 2946 c.c.), in assenza di una norma che disponga diversamente, ovvero se in alternativa possa sostenersi la prescrivibilità nel termine ventennale, secondo la regola adottata per tutti gli altri diritti reali.

La “tipicità” del diritto edificatorio si evidenzia sotto un ulteriore profilo: l’art. 2643, n. 2-bis, nel testo risultante dalla legge di conversione, con il riferirsi ai “diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”, *richiede che il diritto edificatorio sia espressamente contemplato da una norma giuridica “di primo grado”, di rango legislativo (statale o regionale) o regolamentare (strumento urbanistico territoriale)*. Il legislatore ha, in altri termini, ritenuto che l’esigenza di tipicità possa essere soddisfatta solo quando una norma giuridica contempli il diritto edificatorio (consentendo in tal modo di “staccare” dal fondo asservito la particolare utilità consistente nella possibilità edificatoria, per attribuirla ad un soggetto diverso dal relativo proprietario, a vantaggio quindi di un altro fondo). Così facendo, il legislatore ha inteso per un verso salvaguardare l’autonomia degli enti locali (i quali potrebbero, ad esempio, vietare o sottoporre a limitazioni, con lo strumento urbanistico, la cessione di cubatura, se altra norma di legge di rango sovraordinato non dispone diversamente); per altro verso, ha ribadito la tendenza, già ampiamente affermata negli ultimi decenni, a riconoscere un importante ruolo al c.d. diritto privato regionale, per quanto concerne in particolare la conformazione urbanistica del territorio e, per quanto qui interessa, la possibilità di incidere anche sul regime della trascrizione immobiliare (cfr. sul punto PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e legislazione regionale*, in *Riv. not.*, 2009, p. 733).

– LE VICENDE GIURIDICHE RIGUARDANTI I DIRITTI EDIFICATORI.

L’art. 2643, n. 2-bis, c.c., menziona espressamente “i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori”. Sono, pertanto, soggetti a trascrizione, con gli effetti previsti dall’art. 2644 c.c., innanzitutto i contratti con i quali il proprietario del fondo “asservito” costituisce per la prima volta il diritto edificatorio a favore di un altro soggetto.

In secondo luogo, sono contemplati i contratti “modificativi” di un diritto edificatorio già costituito (che possono, in vario modo, disciplinarne l’esercizio, i limiti, i presupposti, ecc.). In quest’ambito possono essere ricomprese, tra l’altro, anche le convenzioni urbanistiche, con le quali il titolare del diritto edificatorio e l’ente locale regolamentano in varia guisa il relativo esercizio.

Vi sono, ancora, i contratti che “trasferiscono” il diritto edificatorio: di tale trasferimento si è già parlato, quando si è definito l’istituto del diritto edificatorio, e la sua differenza rispetto alla servitù prediale (non suscettibile, al contrario, di trasferimento separatamente dal fondo dominante). Pertanto, a norma dell’art. 2644 c.c., tra più acquirenti di un diritto edificatorio da un medesimo autore, prevale colui che ha trascritto anteriormente il proprio acquisto.

In forza del rinvio ai “diritti menzionati nei numeri precedenti”, o più in generale ai “diritti reali immobiliari”, sono poi soggetti a trascrizione gli atti tra vivi di rinuncia al diritto edificatorio già costituito (art. 2643, n. 5, c.c.), i provvedimenti traslativi nell’esecuzione forzata (art. 2643, n. 6, c.c.), i contratti di conferimento del godimento in società e consorzi (art. 2643, nn. 10 e 11 c.c.), le transazioni (art. 2643, n. 13, c.c.), le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione dei suddetti diritti (art. 2643, n. 14, c.c.).

In forza del disposto dell’art. 2645 c.c., deve essere poi trascritto ogni altro atto o provvedimento che produca in relazione ai diritti edificatori taluno degli effetti dei contratti menzionati nell’art. 2643, n. 2-bis, c.c.

I diritti edificatori – in quanto equiparati ai beni immobili *ex art. 813 c.c.* – sono poi suscettibili di formare oggetto di fondo patrimoniale, di vincolo di destinazione, di divisione, di cessione dei beni ai creditori, ecc., e come tali suscettibili di trascrizione. Un dubbio può porsi con riguardo al contratto preliminare, in quanto l’art. 2645-bis c.c. non contempla espressamente il n. 2-bis dell’art. 2643: si tratta, peraltro, con tutta evidenza di un mero difetto di coordinamento, al quale deve sopperirsi con l’interpretazione sistematica ed assiologica, ritenendo senz’altro trascrivibile il contratto preliminare avente ad oggetto la conclusione di un contratto riguardante un diritto edificatorio.

I diritti edificatori sono certamente trasmissibili *mortis causa*: conseguentemente, il relativo acquisto successorio è soggetto a trascrizione, a norma dell’art. 2648 c.c.

D’altra parte, trova piena applicazione l’art. 2650 c.c. (continuità delle trascrizioni): in assenza della trascrizione del precedente acquisto (dello stesso diritto edificatorio in precedenza costituito, ovvero del diritto di proprietà in capo a colui che lo ha costituito per la prima volta), non producono effetto le successive trascrizioni degli atti aventi ad oggetto il medesimo diritto edificatorio.