

Francesco Gazzoni

*Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione**

1. L’art. 5 n. 3, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, ha integrato l’art. 2643 c.c. con il n. 2 *bis*, secondo cui devono essere resi pubblici mediante trascrizione «i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale».

La Novella ha inteso risolvere i problemi circolatori che nascono in relazione ad una fattispecie già ben presente a livello di concrete modalità di utilizzazione del *jus aedificandi*, nei rapporti con la pubblica amministrazione. Si tratta della c.d. cessione di cubatura, che ha conosciuto sviluppi impensati e impensabili, soprattutto a livello di legislazione regionale, con i c.d. crediti edilizi.

È possibile che la cubatura potenzialmente spettante ad una certa area edificabile sia utilizzata su altro suolo, pur sempre edificabile, con il consenso del Comune e dei proprietari delle due aree, interessati all’edificabilità, anche a prescindere da un’espressa previsione della norma di attuazione del piano o del regolamento edilizio¹. I proprietari pertanto possono stipulare un contratto il cui contenuto è individuato, in termini puramente empirici e descrittivi, con riferimento alla (pretesa) cessione del diritto di sfruttamento dell’edificabilità dell’area, cioè della cubatura, ma in realtà va qualificato diversamente².

Al fine di comprendere la portata della Novella, è necessario stabilire se le ricostruzioni della vicenda contrattuale che sono state proposte, siano ancora attuali ed eventualmente come si armonizzino con la nuova disciplina della trascrizione.

La giurisprudenza³ e la dottrina⁴ si sono orientate in un primo momento nella direzione della servitù di non edificare, ancorché di contenuto atipico, ma è stato facile obiettare che della servitù mancherebbe il requisito dell’inerenza oggettiva e, soprattutto, non sarebbe ravvisabile l’asservimento attuale di un fondo in favore dell’altro confinante, perché è sempre indispensabile che intervenga il provvedimento amministrativo affinché possa configurarsi una *utilitas*⁵ e tale provvedimento è non già condizione di efficacia dell’atto di cessione, ma elemento costitutivo della fattispecie stessa.

Si è detto che la servitù potrebbe però nascere immediatamente, con utilità futura del fondo dominante (art.1029 c.c.), utilità costituita dall’incremento edificatorio, in esito al provvedimento amministrativo⁶. Sennonché se il provvedimento amministrativo fosse positivo, la servitù, trasferita la cubatura, non avrebbe più ragion d’essere, perché il titolo che giustificerebbe l’inedificabilità o la diminuita edificabilità del fondo c.d. servente a favore di quello c.d. dominante, sarebbe esclusivamente il provvedimento, il quale assorbirebbe in sé e quindi annullerebbe ogni rilevanza della c.d. servitù, mentre se esso fosse negativo, è evidente che la servitù non potrebbe continuare a sopravvivere, se non altro in esito all’esistenza di una presupposizione⁷. Dunque si ipotizza la

* Dedicato a Giovanni Gabrielli, eminente studioso della trascrizione.

¹ Cons. Stato 4 maggio 2006, n. 2488, in *Vita not.* 2007, p.227 (e in *Urb. e app.* 2006, p.941).

² Stato della questione in CECCHERINI, *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, II, p.557; FELIS, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contratto e impresa* 2011, p.632 ss.

³ Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, 922; Cass. 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 211.

⁴ PICCO e MAROCCO, *I c.d. trasferimenti di cubatura*, in *Riv. not.* 1974, p.676; DI PAOLA, *Trasferimento di cubatura di area e numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. not.* 1975, p.547.

⁵ Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 371 (in motivazione).

⁶ TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto?* in *Studi e materiali del CNN*, 2011, reperibile con il titolo *La cubatura quale bene in senso tecnico*, in www.notaicomo.it, p.31.

⁷ Parla di inefficacia Cass. 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 319, con nota di CECCHERINI (e in *Giur. it.*, 2010, 549; *Giust. civ.*, 2010, I, 1934; *Riv. giur. ed.*, 2010, I, 72; *Vita not.*, 2010, 238).

conclusione di un contratto privo della sua causa tipica, essendo esso destinato, per un verso o per l'altro, a non avere vigore e solo ad essere strumentale alla presentazione, sul piano obbligatorio, dell'istanza al Comune, volta a permettere il trasferimento della cubatura.

Come si vede, questa fattispecie non ha nulla a che vedere con il caso di scuola portato ad esempio della servitù per utilità futura, e cioè la servitù di presa d'acqua in vista della futura destinazione agricola del fondo dominante⁸. In tal caso, infatti, attuata la destinazione, l'utilità del fondo dominante è tratta pur sempre dal vincolo reale di presa d'acqua, gravante sul fondo servente, mentre nel caso di cubatura, l'utilità non è tratta da un vincolo reale gravante sul fondo di proprietà del cedente, ma da un provvedimento amministrativo.

Alla luce del nuovo art.2643 n.2 *bis* c.c. questa teoria non è comunque più proponibile, se non altro perché la norma si riferisce anche al trasferimento di diritti edificatori, trasferimento ovviamente incompatibile con la servitù, tant'è che il n.2 *bis* c.c. precede e non già segue il n.3.

In chiave di realtà, sarebbe semmai in linea con la riforma, sul piano terminologico, l'idea del diritto reale immobiliare, fatta propria anche da talune remote sentenze, secondo cui il cedente, con la cessione, distaccherebbe in tutto o in parte la facoltà inerente al proprio diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferirebbe all'acquirente, a beneficio di un suo fondo, confinante o contiguo⁹.

L'obiezione circa l'impossibilità di ipotizzare una scissione di facoltà ad opera del proprietario, atteso il *numerus clausus* dei diritti reali, può dirsi superata, in virtù dell'espressa dizione della Novella, che legittima l'idea di una tipizzazione ad opera del legislatore di un nuovo diritto reale, il diritto edificatorio, appunto.

In altra direzione, si è proposto di reificare la stessa cubatura¹⁰ che circolerebbe quale autonomo bene, in luogo del diritto reale immobiliare. Questa tesi è stata riproposta anche sotto il vigore della Novella¹¹, ma non è in grado di superare due ostacoli. Innanzi tutto, se davvero circolasse un bene, la norma di riferimento, in chiave di trascrizione, dovrebbe essere l'art.2643 n.1 o 10 c.c., perché saremmo in presenza di negozi gratuiti o liberali, di permuta, vendite (anche con riserva di proprietà o altrui), di conferimenti in società¹². L'art.2643 n.2 *bis* c.c., dunque, sarebbe norma perfettamente superflua.

In secondo luogo, dal punto di vista della disciplina sostanziale, non può dirsi che la cubatura sia un bene a sé stante in senso tecnico-giuridico¹³. Quando si parla, al riguardo, di *utilitas*¹⁴ si dimentica che con l'espressione "cubatura" ci si limita a individuare in termini matematici ed ingegneristici le dimensioni che la futura costruzione dovrà rispettare.

Si obietta che il rapporto matematico tra i metri quadri di superficie del lotto e i metri cubi di costruzione edificabili sul medesimo sarebbe la misura della cubatura e non la cubatura essa stessa¹⁵. Sennonché la cubatura è semmai, per così dire, la misura dell'interesse legittimo del proprietario di un fondo edificabile ad ottenere un dato provvedimento amministrativo, nel senso che la *chance*

⁸ BIANCA, *Il diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2003, p.649; TRIOLA, *Le servitù*, in *Il diritto civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2008, p.53.

⁹ Cass. 9 marzo 1973, n. 641, in *Riv. not.*, 1973, p. 1165 nonché, con migliore motivazione, Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, cit. che però ha risolto un problema fiscale e quindi non costituisce un valido precedente (così Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Foro it.* 1996, I, 1698; BRIENZA, *La tassatività delle ipotesi di trascrizione: superamento o conferma di un principio?*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 571 ss.). Parla di diritto reale atipico analogo alla servitù LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 92 ss., nonché p. 88 ss., per un esame delle varie teorie sugli effetti reali prodotti.

¹⁰ TRAPANI, *op. cit.*, p.74.

¹¹ TRAPANI, *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, p.103.

¹² Così TRAPANI, *Normative*, cit., p.117.

¹³ CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, p.48 ss.

¹⁴ Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, cit., 371; Cass. 20 dicembre 1983, n. 7499, cit.; LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 84 parla di «atto di disposizione di un'utilità economica a lui [cedente] spettante».

¹⁵ TRAPANI, *Normative*, cit., p.103.

edificatoria non riguarda un provvedimento quale che sia, ma quel provvedimento che autorizza quella data edificabilità, anche, se del caso, maggiorata. E' il provvedimento amministrativo infatti e non l'atto privato di cessione ad assegnare l'ulteriore edificabilità.

Staccare la cubatura dal terreno edificabile non ha dunque senso, onde sterile è la distinzione tra titolarità del bene e sua utilizzabilità o concreta fruizione¹⁶, al fine di doppiare una vicenda unitaria, con una prima fase privatistica, che ipotizza l'esistenza di diritti soggettivi, ed un'altra pubblicistica basata su interessi legittimi¹⁷.

Il fatto che la potenzialità edificatoria sia senza dubbio un valore in termini economici e costituisca un vantaggio, vale solo a qualificare giuridicamente il bene terreno e quindi il regime della relativa proprietà in termini di conformazione, perché la cubatura è proprio il risultato del potere conformativo che, in materia edilizia, spetta alla legge. Come possa supporre che la conformazione di un bene dipenda dalla compresenza di altro bene non è dato comprendere, se non immaginando che il terreno edificabile sia una forma non già di cosa composta, là dove le cose semplici non possono più essere godute separatamente, ma di unione di beni, oltre tutto non mobili, e non già, semmai, di commistione, onde, magari, dovrebbe procedersi, in sede di trasferimento, ad una doppia trascrizione¹⁸.

Del resto l'ambiguità della teoria del bene autonomo si manifesta quando si parla di «bene immateriale di origine immobiliare»¹⁹. Può, innanzi tutto, ben contestarsi che, ammessane la configurabilità, la cubatura sia un bene immateriale, non solo perché semmai dovrebbe parlarsi di cosa materiale priva di forma corporale sensibile, al pari, ad esempio, delle energie²⁰, ma anche perché la cubatura è strettamente legata, e quindi condizionata, dalla materialità piena ed assoluta del terreno, a prescindere dal quale essa non è concepibile, anche in termini di interesse. Inoltre si sarebbe in presenza di una nuova categoria di bene, né mobile, né immobile, nulla significando, in termini giuridici, l'espressione «di origine», salvo appunto alludere ad una scissione di beni di cose unite, di cui una immobile e l'altra di incerta qualificazione, ma presumibilmente mobile²¹.

In questa prospettiva potrebbe allora parlarsi, più propriamente, di nesso pertinenziale tra cosa mobile e cosa immobile, essendo la prima a servizio della seconda, sul piano dello sfruttamento della qualità edificatoria del terreno, con possibile cessazione del vincolo, in esito ad alienazione separata della cubatura (art.818 comma secondo c.c.), mentre alquanto audace sarebbe chi parlasse della cubatura stessa in termini di frutto²², come tale separabile dal terreno edilizio, reputato alla stregua di un bene produttivo.

A prescindere da queste divagazioni, che il bene «di origine immobiliare» non possa non essere una cosa mobile è confermato dal parallelismo che questa teoria traccia con la disciplina delle c.d. quote latte e del reimpianto di vitigni²³. A ben vedere, però, l'accostamento è bensì suggestivo, ma destinato all'insuccesso.

La c.d. quota latte è il quantitativo di riferimento della produzione annuale assegnato a ciascuna impresa del settore. La Corte costituzionale ha affermato che, salvo diversa pattuizione tra

¹⁶ TRAPANI, *op. ult. cit.*, p.105.

¹⁷ Secondo BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.* 2007, p.304 riemerge in tal modo «nei fatti, la vicenda della pluriquificazione fondata sulla distinzione tra norme di azione e di relazione».

¹⁸ V. infatti RESTAINO, *Diritti edificatori*, in www.wikijus.it

¹⁹ TRAPANI, *op. loc. ult. cit.*

²⁰ Per le energie v. MESSINETTI, voce *Energia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p.868. Il richiamo alle energie è in TRAPANI, *op. cit.*, p.105, n.111.

²¹ Per TRAPANI, *Normative*, cit., p.109, la cubatura sarebbe un bene mobile, se «in volo» (su cui *infra*).

²² Ma v. RESTAINO, *op. cit.*, il quale, sia pure dubitativamente, parla di frutti pendenti; URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione dei suoli*, in *Urb. e app.* 2006, p.908 n.10.

²³ TRAPANI, *op. ult. cit.*, p.105.

le parti, essa spetta al produttore, nella sua qualità di conduttore dell'azienda agricola, con possibilità però di cederla o affittarla ad altro produttore, anche per singole annate, senza alienare l'azienda²⁴.

Il diritto di reimpianto di vitigni²⁵ è acquisito in base alla normativa U.E., al pari delle quote latte, e può essere ceduto ad altro produttore vinicolo, con atto che il d.m. 12 ottobre 1988, n.469 prevedeva dovesse essere notarile e poi trascritto, in funzione peraltro di mera notizia²⁶. Un tale sistema non ha tuttavia retto al giudizio di costituzionalità, perché, in questa materia, l'intervento statale doveva assumere le forme della legge²⁷.

Le due predette vicende sono peraltro diverse rispetto alla cessione di cubatura, perché, per quanto riguarda la quota latte, non vi è alcun rapporto con un fondo e quindi non vi è collegamento, né come facoltà del relativo diritto di proprietà, né come bene in ipotesi ad esso unito. In entrambi i casi, poi, non è ipotizzabile un mero interesse legittimo alla produzione del latte o dei vitigni, salvo immaginare che si sia in presenza di beni conformati, piuttosto che di limiti all'iniziativa economica privata, la violazione dei quali comporta (solo) sanzioni pecuniarie.

Dunque ove si voglia realizzare una sorta di "cartolarizzazione" della produzione potenziale dell'azienda agricola, si può anche ipotizzare che essa dia luogo alla creazione di beni aziendali, quasi la produzione fosse stata effettiva. Si è pertanto in presenza di atti di esercizio del diritto di impresa²⁸, i quali sono, in sé considerati, distinti e autonomi, onde la possibilità di definire il regime giuridico dei singoli beni, pur essendo essi collegati tra di loro in funzione della destinazione iniziale e dell'organizzazione aziendale. L'imprenditore può quindi disporre anche separatamente, senza alienare l'azienda, secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale.

Il tentativo di reificare la cubatura non può dunque dirsi riuscito, anche perché questa tesi, al pari di quella che ipotizza diritti reali immobiliari, con tutta evidenza sottovaluta il fatto che il contratto si inserisce nel contesto di un procedimento amministrativo, di cui è uno dei presupposti²⁹, volto a ridistribuire e ripartire la cubatura edificabile, purché sia rispettato il limite massimo dell'ambito o comparto edilizio.

Ferma restando la natura discrezionale del provvedimento amministrativo, che può dunque anche essere di reiezione³⁰, la volontà del cedente è comunque *condicio sine qua non* del provvedimento stesso. Essa ha però come destinatario immediato la pubblica amministrazione e, prima della Novella, assumeva necessariamente ed esclusivamente le forme dell'atto unilaterale di asservimento indirizzato al Comune oppure dell'adesione al progetto, mediante istanza congiunta o controfirma dell'istanza presentata dal costruttore³¹. La stipula di un contratto, magari per atto pubblico, era pertanto del tutto superflua a tal fine.

Se si pone al centro della ricostruzione il procedimento amministrativo, la dichiarazione di volontà del c.d. cedente manifestata nei confronti dell'altra parte privata non determina quindi alcun effetto reale, ma solo effetti obbligatori. Con tale atto, infatti, «il privato si impegna a non richiedere la concessione, ma a fare

²⁴ Corte cost. 6 aprile 1998, n.100, in *Foro it.* 1998, I, 1730.

²⁵ Per un parallelismo con la cessione di cubatura, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il diritto civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998², p.670.

²⁶ GAZZONI, *op. cit.*, p.671.

²⁷ Corte cost. 25 maggio 1989, n.284, in *Giur. it.* 1990, I, 1, 26. In materia di quote latte la riserva in favore delle regioni ha peraltro condotto all'incostituzionalità della legge (Corte cost. 11 novembre 1998, n.398, in *Foro it.* 1999, I, 6).

²⁸ Nel senso in cui ne parla NICOLO', *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p.177 e *Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p.273.

²⁹ Parla di accordo trilaterale tra i due privati e il Comune, GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, 7, 1, Torino, 2005, p. 527, il quale tende così ad attrarre in una sfera paraprivatistica il procedimento.

³⁰ Cass. 24 settembre 2009, n.20623, cit.

³¹ Cass. 24 settembre 2009, n.20623, cit.; Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685 con nota di ROSELLI; Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, cit.

quanto necessario per agevolare una “maggiore” a favore dell’altra parte»³². Obbligo, peraltro, certamente non *propter rem*³³.

Prima della Novella del 2011 si fronteggiavano pertanto due opposte tesi, cui, in punto di trascrizione, corrispondevano opposte soluzioni. Chi propendeva per la realtà riteneva che la cessione andasse trascritta³⁴, quasi fosse costituzione di una servitù o trasferimento di un diritto reale o compravendita o donazione, se non onerosa, del bene cubatura. Chi sottolineava l’impossibilità di prescindere dalla volontà del Comune e quindi dal provvedimento amministrativo e sosteneva il carattere, a tutto concedere, obbligatorio dell’accordo, negava la trascrivibilità³⁵. Infatti, in caso di inadempimento, si sarebbe potuto ipotizzare solo il risarcimento del danno per non essersi il cedente prestato al compimento degli atti necessari al fine di far ottenere al cessionario il provvedimento edificatorio con una cubatura maggiore.

In assenza di trascrizione si sosteneva che «i rapporti tra il proprietario dell’area asservita e l’eventuale terzo acquirente saranno regolati secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia di limitazioni legali, nella interpretazione dell’art.1489 c.c.»³⁶. Al più si auspicava che il vincolo fosse inserito tra quelli di ordine pubblico, che possono gravare i terreni, così da risultare dal certificato di destinazione urbanistica³⁷.

2. Il legislatore ha ritenuto dunque di dover intervenire, atteso il contrasto di opinioni, optando per la trascrivibilità della cessione. Come è ovvio, ciò non significa che si sia necessariamente in presenza di un vincolo di carattere reale. Una cosa infatti è l’opponibilità, altra cosa è la realtà: la prima attiene al profilo circolatorio, la seconda alla natura e ai caratteri del diritto (reale). Si è quindi in presenza della stessa vicenda, da questo punto di vista, del negozio (obbligatorio) di destinazione ex art.2645 *ter* c.c.

Pertanto la tesi che pone in luce il ruolo svolto dal procedimento amministrativo e sottolinea quindi che l’effetto finale è l’esito del permesso di costruire e non del contratto, non è smentita dalla prevista trascrivibilità. Infatti si sarebbe in presenza bensì di un contratto ad effetti obbligatori, ma opponibile quanto al vincolo di indisponibilità che da esso nascerebbe. I conflitti tra l’acquirente del terreno dal cedente e il cessionario della relativa cubatura, dovrebbero essere risolti alla stessa stregua di quelli che nascono tra l’acquirente del bene destinato e il beneficiario della destinazione³⁸.

Per quanto riguarda, viceversa, i conflitti tra il creditore del cedente e il cessionario, il vincolo di indisponibilità dovrebbe comportare l’applicabilità dell’art.2915 comma primo c.c., norma non a caso richiamata dall’art.2645 *ter* c.c., ad onta del carattere personale del vincolo stesso. L’opponibilità del vincolo, infatti, dovrebbe superare il suo carattere non reale.

Questa soluzione dei conflitti, se assolutamente in linea con la ricostruzione del contratto di cessione di cubatura come contratto ad effetti obbligatori, non appare però in linea con l’inserimento della previsione della sua trascrivibilità all’art.2643 n.2 *bis* c.c., norma che, ricollegandosi all’art.2644 c.c., assume una valenza diversa, onde non può negarsi che il contratto di

³² CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.* 1990, II, p. 105. In termini pressoché identici Cass. 26 settembre 2009, n. 20623, cit.; Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, cit.

³³ CANDIAN, *op. cit.*, p. 101 ss. Possibilista URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino 2011, p.194 n.75.

³⁴ GRASSANO, *La cessione di cubatura, ecc.*, in *Giur. it.*, 1990, 388; LIBERTINI, *op. cit.*, p. 85; DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1996, II, p.223. Da ultimo LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.* 2007, 428 ha ritenuto possibile la trascrizione ex art.2645 *ter* c.c. degli atti unilaterali di asservimento ad opera del cedente, quali atti di destinazione.

³⁵ CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2001, p.65; CANDIAN, *op. cit.*, p.153; Cons. Stato 21 gennaio 1997, n.63, in *Giur. it.* 1997, III, 1, 405; Cons. Stato 4 gennaio 1993, n.26, in *Foro it.* 1993, III, 573.

³⁶ Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, cit.; Cass. 22 febbraio 1996, n.1352, cit.

³⁷ VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, in *Corr. giur.*, 1996, 425; Cons. Stato 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, 400.

³⁸ Su cui v. GAZZONI, *Osservazioni sull’art.2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.* 2006, I, p.178 ss.

cessione vada ora collocato tra quelli ad effetti reali e non più obbligatori. Di conseguenza si tratta di stabilire quale sia la situazione giuridica soggettiva che circola.

Escluso che si sia in presenza di un contratto traslativo della proprietà del bene cubatura o derivativo-costitutivo di un diritto reale su cosa altrui, resta l'alternativa tra il trasferimento di un nuovo diritto reale tipico, denominato diritto edificatorio, e il trasferimento dell'interesse legittimo di cui il cedente è titolare nel contesto del procedimento amministrativo. Per i motivi che saranno illustrati, la prima ipotesi non appare però fondata ed è solo il tentativo di privatizzare una vicenda senza dubbio di carattere pubblicistico.

Può dunque ritenersi che il contratto abbia ad oggetto la *chance* edificatoria, che discende da un interesse legittimo pretensivo³⁹, situazione giuridica soggettiva correlata a beni della vita, patrimonialmente valutabili⁴⁰, onde la possibilità di una sua circolazione mediante un contratto ad effetti reali.

Si deve quindi prendere atto che la formula di cui all'art.1376 c.c., nel punto in cui parla di "trasferimento di un altro diritto", si attaglia anche a questa fattispecie, pur a prescindere dall'inquadramento dogmatico dello *jus aedificandi* nei rapporti con la pubblica amministrazione. La trascrivibilità ai sensi dell'art.2643 n.2 *bis* c.c. e agli effetti di cui all'art.2644 c.c., implica che la formula dell'art.1376 c.c., nel punto in cui richiama anche i diritti di credito, deve essere interpretata estensivamente.

Ovviamente ciò non significa che il cedente e, in seguito alla cessione, il cessionario vantino nei confronti del Comune un diritto di credito, né che, correlativamente, il rilascio del permesso di costruire per una cubatura maggiorata sia atto dovuto. Tuttavia l'estensione della portata dell'art.1376 c.c. si giustifica in considerazione del fatto che è possibile la cessione di un credito anche solo sperato⁴¹ ed anche di un'aspettativa di diritto⁴², il cui confine con la *chance* è labile.

Ebbene, l'interesse legittimo indubbiamente si atteggia quale *chance*⁴³, tant'è che, in chiave risarcitoria, è necessario un giudizio prognostico con riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza presentata alla pubblica amministrazione e quindi sull'esistenza di una situazione suscettibile di fondare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, secondo un criterio di normalità⁴⁴.

La *chance*, a sua volta, consiste nella possibilità, già esistente nel patrimonio del soggetto, di conseguire un vantaggio economico sperato, essendo inserita in una sequenza causale⁴⁵. Pertanto, pur in presenza di un interesse legittimo, la *chance* edificatoria è in grado di circolare alla stessa stregua di un diritto di credito, perché il soggetto ha la fondata probabilità che il Comune accolga l'istanza e rilasci il permesso di costruire, riferito a quella data cubatura maggiorata e dunque tenga quel dato comportamento, pur se non dovuto, ma frutto di discrezionalità. Del resto «ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione»⁴⁶ e non dunque l'interesse in quanto tale, inteso

³⁹ BARTOLINI, *op. cit.*, p.305 seguito da FANTINI, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, in www.giustizia-amministrativa.it, p.6.

⁴⁰ Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999, n.500, in *Giust. civ.* 1999, I, p.2261.

⁴¹ Come nel caso di contributi promessi dal Comune ad una associazione sportiva, deciso da Cass. 8 maggio 1990, n.4040, in *Foro it.*, I, 2489.

⁴² BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, p.786.

⁴³ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006³, p.209 n.19 rileva peraltro l'inutilità di identificare l'uno con l'altra ai fini risarcitori. Secondo BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, in *Urb. e app.* 2007, p.80, «il concetto civilistico di *chance* si traduce, in termini pubblicistici, nella concezione strumentale dell'interesse legittimo».

⁴⁴ Cass. 27 maggio 2009, n.12282, in *Foro it.* 2010, I, 1236.

⁴⁵ Cass. 21 luglio 2003, n.11322, in *Foro it.* 2004, I, 155. In dottrina E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.* 2010, II, p.503.

⁴⁶ Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999, n.500, cit.

«come una relazione (in senso molto ampio) tra il soggetto e il bene, che esprime, come presupposto, un giudizio del soggetto sulla idoneità del bene a soddisfare il bisogno»⁴⁷.

Dà luogo pertanto ad un'inutile superfetazione la tesi secondo cui la cubatura si atteggierebbe «quale bene che può formare oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici e contemporaneamente interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima»⁴⁸. E' infatti sempre e solo l'interesse legittimo che circola, tant'è che, secondo questa stessa dottrina, «la cubatura reificata consiste, insomma, in una *chance* [...] ed è bene in sé distinto dal bene finale (costruzione)»⁴⁹. E' sufficiente spostare allora la prospettiva del bene finale dalla costruzione al permesso di costruire, per dimostrare l'inutilità della reificazione, tant'è che la cessione onerosa del credito non si identifica con la vendita di una cosa.

Del resto che la cubatura, intesa come *chance* edificatoria, si rapporti al permesso di costruire è evidente se si considera che, ottenuto il permesso, la *chance* si esaurisce, tant'è che la costruzione, intesa correttamente come costruibilità, cioè come esercizio del relativo diritto di proprietà, una volta ottenuto il permesso è un fatto non già sperato, ma certo⁵⁰.

Va peraltro precisato che, anche in questa prospettiva circolatoria, il profilo obbligatorio *inter partes* è pur sempre configurabile, sia pure sotto un profilo non primario. In presenza di un contratto traslativo soggetto a trascrizione è infatti possibile che il *tradens*, prima che la formalità trascrittiva sia curata, disponga una seconda volta dello stesso bene. Secondo dottrina e giurisprudenza dominanti nasce dunque a suo carico un vincolo (obbligatorio) di indisponibilità, la cui violazione comporta il risarcimento del danno da inadempimento subito dal primo avente causa⁵¹. Parimenti, nel caso di cessione della *chance* edificatoria, il vincolo, nelle more della trascrizione, assume la duplice forma dell'indisponibilità e dell'obbligo di non esercitarla in proprio, chiedendo il permesso di costruire relativamente alla cubatura ceduta. Del resto, anche in caso di cessione del credito il creditore cedente non solo non deve cederlo due volte, ma non deve nemmeno esigere il pagamento dal debitore ceduto, nelle more della notifica o dell'accettazione (art.1265 c.c.).

Il legislatore, prevedendo la trascrivibilità del contratto di cessione, ha dunque inteso, almeno in linea di principio, risolvere i possibili conflitti con trascrizioni di pignoramenti o iscrizioni di ipoteche o tra più aventi causa, con prevalenza di chi per primo iscriva o trascriva, fermo, in ogni caso, il carattere pubblicistico del procedimento e il carattere condizionante e discrezionale del provvedimento amministrativo finale.

Ciò posto, i conflitti saranno risolti ai sensi dell'art.2644 c.c. Se il conflitto nasce tra il cessionario e il creditore del cedente che trascriva il pignoramento o iscriva ipoteca sul terreno o l'acquirente del terreno stesso che trascriva, egli prevarrà se avrà trascritto prima dell'iscrizione o della trascrizione. Tra due cessionari prevarrà che avrà trascritto per primo.

Senonché resta in tale modo aperto un grave problema, perché il cessionario, che dovrebbe prevalere ai sensi dell'art.2644 c.c., potrebbe rischiare di doversi accontentare del risarcimento del danno, atteso il carattere meramente obbligatorio del vincolo, per quanto riguarda il comportamento che il cedente deve tenere nei confronti del Comune, terzo estraneo al rapporto. Il cedente infatti potrebbe rendersi inadempiente, non presentando l'atto di asservimento.

⁴⁷ NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, p.10. Con specifico riguardo all'interesse legittimo, FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.* 2000, I, p.680.

⁴⁸ TRAPANI, *Normativa*, cit., p.107.

⁴⁹ TRAPANI, *op. loc. cit.*

⁵⁰ Secondo BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.* 2008, II, p.436-437, la *chance* edificatoria è «una potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio. *Chance* che è correlata tanto al potere di piano, quanto al procedimento edilizio diretto a concretizzare l'aspettativa edificatoria in diritto ad edificare».

⁵¹ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p.533 ss.

Dovrebbe allora ritenersi, per dare un senso forte alla norma, che il cessionario, curata tempestivamente la trascrizione, potrebbe procedere autonomamente, nel senso di estromettere il cedente dal procedimento amministrativo, essendo il consenso di costui all'asservimento, di fronte al Comune, racchiuso nell'atto di cessione, reso opponibile ai terzi. Pertanto solo il cessionario che per primo trascriva potrebbe chiedere il permesso di costruire per la cubatura maggiorata. Varrebbe anche l'art.2650 c.c., ove il diritto abbia avuto una ulteriore circolazione.

Questa soluzione dovrebbe però comportare un onere a carico del Comune, che non è di certo giustificato dall'effetto dichiarativo della trascrizione ex art.2644 c.c.⁵². Il Comune è infatti bensì terzo rispetto al contratto di cessione, ma non è un avente causa, né diretto, né indiretto⁵³.

Né si potrebbe invocare la pubblicità notizia, che il sistema della trascrizione non può assicurare al di là dei casi espressamente previsti dalla legge⁵⁴. D'altra parte il sistema dei registri immobiliari è ben diverso da quello tedesco dei libri fondiari, non avendo funzione costitutiva, tant'è che sussiste, ad esempio, un problema di accertamento *ope iudicis* in ordine alla certezza della titolarità del bene pignorato in capo al debitore, dal punto di vista del sistema della trascrizione⁵⁵.

Pertanto, il Comune, ferma la valutazione pubblicistica e quindi discrezionale relativa al provvedimento, sarebbe vincolato da quel che risulti nei registri immobiliari, in punto di c.d. cessione della cubatura, senza dunque necessità di ipotizzare una ripetizione della manifestazione di volontà ad opera del cedente.

Di conseguenza, se si accetta questo punto di vista, a fronte della richiesta di un permesso di costruire, il Comune dovrebbe acquisire la visura presso i registri immobiliari pur quando la cubatura indicata non fosse maggiorata, perché l'istante potrebbe averla ceduta con atto trascritto, anche se è lecito dubitare dell'attitudine degli uffici comunali ad operare verifiche presso la conservatoria⁵⁶. Né potrebbe porsi a carico dell'istante l'obbligo di esibire la relativa documentazione, perché, provenendo essa dalla pubblica amministrazione, sarebbe già nelle disponibilità degli stessi uffici comunali.

Rilasciato il permesso di costruire resterebbe però aperto il problema della estinzione per consumazione del c.d. diritto edificatorio di cui si è avvalso il cessionario. In termini di formalità trascrittive il provvedimento amministrativo dovrebbe essere probabilmente annotato a margine della trascrizione ai sensi dell'art.2655 c.c., ma se, da un lato, il richiamo, all'ultimo comma, alla convenzione aiuterebbe, non si può negare che l'ipotesi della consumazione non rientra in alcuna delle ipotesi previste al primo comma⁵⁷.

⁵² Prima della Novella, LIBERTINI, *op. cit.*, p.85, quanto alla cubatura maggiorata, riteneva non solo che «l'atto di asservimento non è di per sé titolo sufficiente, ma deve fare riferimento ad un titolo "valido", della cui esistenza il Comune deve accertarsi», ma anche che, in assenza dell'atto, «l'amministrazione sarà ugualmente tenuta a prendere in considerazione il titolo che venga presentato dal richiedente a supporto dell'istanza». L., pur parlando di trascrivibilità della cessione di cubatura, non precisava però se l'obbligo del Comune derivasse dall'art.2644, limitandosi a richiamare l'art.4, comma 1°, l. 28 gennaio 1977, n.10, il quale, con tutta evidenza, quando parlava di soggetto che avesse avuto titolo per chiedere la concessione edilizia, si riferiva, quanto alla cubatura, a quella assegnata dagli strumenti urbanistici e non a quella maggiorata, esito di un rapporto privatistico.

⁵³ Sembra ignorare questa realtà AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile*, cit., p.47.

⁵⁴ GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e Gazzoni, Torino, 2012, p.37 ss. (in corso di pubblicazione).

⁵⁵ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p.494 ss.

⁵⁶ GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. ed.* 2010, II, p.12 n.24, scrivendo prima della Novella, osservava che «un minimo di realismo impone di chiedersi se veramente gli uffici addetti al governo del territorio si faranno carico di verificare presso le conservatorie che il venditore sia effettivamente proprietario solitario dell'area da cui provengono i diritti edificatori ceduti. Ed anche qualora si facciano carico di richiedere documentazione in materia ci si può chiedere come si comporteranno qualora rilevino che il terreno è ipotecato, o gravato da una servitù di passaggio, o di elettrodotto, o di gasdotto. Su tale linea di riflessione può almeno sorgere il sospetto che chi sia abituato a fare riferimento allo stato dei luoghi come insegna il Consiglio di Stato, rischi di non dare rilievo alla presenza di una ipoteca, che invece rileva assai, e dare rilievo ad una servitù di metanodotto che, invece, non rileva affatto».

⁵⁷ RESTAINO, *op. cit.*, suggerisce il ricorso al certificato di destinazione urbanistica.

Il contratto trascritto, ammesso che la predetta tesi sia accolta, si inserisce, quale presupposto, nel procedimento amministrativo, in luogo dell'atto di asservimento, onde, sotto questo peculiare aspetto, la trascrizione acquista, nei rapporti con il Comune, un valore in qualche modo costitutivo, sul piano dell'equipollenza. Ciò significa peraltro che, ove la cessione non sia stata trascritta, l'atto di asservimento sarà necessario e trascrivibile ex art.2645 c.c., producendo i medesimi effetti della cessione.

Si tratterebbe di un'importante novità anche sul piano dei principi. Prima della Novella non era configurabile, come si è detto, una rilevanza esterna della volontà privata in chiave contrattuale, perché l'atto di asservimento del cedente è un atto unilaterale in senso stretto, che ha rilevanza pubblicistica⁵⁸ e l'effetto giuridico è l'esito del provvedimento amministrativo.

Se, viceversa, il Comune deve verificare la legittimazione del c.d. cessionario alla luce del principio di continuità delle trascrizioni, l'annullabilità del provvedimento amministrativo può ora dipendere anche dall'invalidità o dall'inefficacia del contratto di cessione, ben al di là, quindi, di quanto potesse incidere, sotto questo aspetto, il vizio dell'atto di asservimento, accertato dal giudice amministrativo⁵⁹. Ciò non significa che l'effetto finale non sia pur sempre riferibile all'atto amministrativo, anche dal punto di vista dell'asservimento del fondo del cedente, né significa che il giudice competente per il suo annullamento sia quello ordinario⁶⁰, ma resta il fatto che ora della trascrizione e degli eventuali vizi contrattuali dovrebbe, all'occorrenza, occuparsi, in materia edilizia, il giudice amministrativo⁶¹.

Si è dunque pur sempre in presenza di un procedimento amministrativo, con la peculiarità che l'atto privato presupposto potrebbe essere ora un contratto opponibile, nel senso chiarito. La tipicità del mero schema astratto del contratto di cessione di cubatura, introdotto dalla Novella, non cambia la prospettiva di fondo, anche sul piano del controllo giurisdizionale e non giustifica quindi la giustapposizione di una fase privatistica e di un'altra pubblicistica⁶², perché si tratta in ogni caso di interessi legittimi, inseriti in una vicenda circolatoria.

Ciò posto, il Comune, in sede di esame dell'istanza, dovrebbe verificare non solo che chi chiede il permesso di costruire per una cubatura maggiore abbia osservato il principio di continuità, con il rispetto di quanto disposto dall'art.2644 c.c., ma anche che non siano stati trascritti contro il cedente, relativamente al terreno edilizio la cui cubatura è stata ceduta, pregressi pignoramenti o non siano state iscritte pregresse ipoteche.

3. La cessione dà luogo a peculiari problemi quando non interviene tra proprietari di fondi contigui, tanto che si è proposto di distinguere, peraltro sul piano esclusivamente terminologico, la cessione di cubatura, in presenza di fondi contigui, dal trasferimento di volumetria, in assenza di tale contiguità⁶³. La vicenda, a prescindere dallo strumento generale degli accordi di cui all'art.11, l. 7 agosto 1990, n.241⁶⁴, è ormai tipizzata a livello regionale e nazionale.

E' dunque possibile che, al di là di quanto previsto dagli strumenti urbanistici in punto di riconoscimento di un dato indice di edificabilità riferito ai singoli fondi, siano assegnati diritti

⁵⁸ DE MARTINIS, *op. cit.*, p.215.

⁵⁹ Sul vizio dell'atto di asservimento, GAMBARO, *op. cit.*, p.7.

⁶⁰ Trib. Torino 4 novembre 2003, in *Giur. mer.* 2004, p.1848.

⁶¹ Una lontana decisione di Trib. Vallo della Lucania 16 novembre 1982, in *Riv. giur. ed.* 1983, I, p.261 reputava indispensabile l'atto unilaterale irrevocabile di asservimento, ad evitare che il provvedimento amministrativo fosse influenzato dalle vicende di un contratto, che può essere sempre invalidato, risolto, rescisso, anche contro la volontà di una parte.

⁶² Quale quella prospettata da TRAPANI, *Normative*, cit., p.105.

⁶³ BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, cit., p.307.

⁶⁴ URBANI, *Urbanistica solidale*, cit., p.208 ss.

edificatori ulteriori, con accordi di pianificazione urbanistica, certamente a carattere costitutivo. Si tratta dei c.d. crediti di volumetria, la cui genesi può essere diversa⁶⁵.

Talvolta essi nascono nel quadro della perequazione generalizzata o diffusa⁶⁶, ma in tal caso, proprio per la generalità della previsione, gli accordi non sono con la pubblica amministrazione, ma tra privati proprietari dei suoli, compresi quelli vincolati o destinati a pubblici servizi e quindi non edificabili, sicché, con il trasferimento della volumetria cui essi avrebbero avuto diritto, ogni singolo proprietario possa recuperare il valore perduto, cedendo poi l'area gratuitamente al Comune. Viceversa la previsione è singolare e quindi esito di un accordo, quando la pubblica amministrazione (così come previsto anche dall'art.1, commi 258 e 259, l. 24 dicembre 2007, n.244 e dall'art.11, l. 6 agosto 2008, n.133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n.112) attribuisce un diritto edificatorio aggiuntivo, per il perseguimento di finalità relative all'attuazione dell'edilizia residenziale sociale, all'interno di ambiti edilizi predefiniti, quale premio per la realizzazione di interventi di riqualificazione urbana e recupero ambientale⁶⁷. Analogamente avviene, nel quadro della compensazione, qualora il proprietario del fondo subisca un sacrificio in termini di aree cedute⁶⁸ o di peso imposto o di edificabilità perduta o diminuita. Il riequilibrio compensativo avviene, appunto, con l'attribuzione di crediti edilizi di volumetria⁶⁹.

Si tratta, dunque, di utilità identiche a quelle acquisite con la c.d. cessione di cubatura, con la diversità, però, che, in questo secondo caso, la volumetria trasferita è quella già assegnata dagli strumenti urbanistici ed inoltre che si incrementa l'edificabilità di un fondo contiguo, ben identificato, del cessionario, onde non esiste un accordo con la pubblica amministrazione, volto ad assegnare la volumetria stessa, ma solo un provvedimento amministrativo, che interviene bensì successivamente ad un accordo, ma intercorso tra cedente e cessionario.

Va peraltro precisato che l'espressione "crediti edilizi" è atecnica. A seguito dell'accordo di pianificazione, il privato non ha, nei confronti della pubblica amministrazione, un diritto perfetto, che possa risolversi in una pretesa, eseguibile magari in forma specifica⁷⁰, ma, anche in questo caso, una *chance*, legata ad un interesse legittimo pretensivo, valutabile, in chiave prognostica, sulla base dell'affidamento all'utilizzazione del c.d. credito, dovendo sempre intervenire un successivo provvedimento amministrativo, in sede di effettiva utilizzazione⁷¹.

Il c.d. credito di volumetria nasce con riferimento ad un dato terreno di proprietà del c.d. creditore, ma poi può circolare più o meno liberamente, a seconda di quanto previsto dagli strumenti urbanistici comunali⁷². E' però anche possibile che «la genesi del diritto edificatorio venga sganciato dalla *res* e prodotta per autopoesi dallo stesso strumento urbanistico»⁷³, affinché il

⁶⁵ URBANI, *Pianificare per accordi*, in *Riv. giur. ed.* 2005, II, p. 177 e *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. ed.* 2009, II, p. 47 nonché *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. ed.* 2005, II, p.221; TRAVI, *Accordi tra proprietari e Comune per modifiche a piano regolatore e oneri esorbitanti*, in *Foro it.* 2002, V, 274.

⁶⁶ BOSCOLO, *La perequazione e le compensazioni*, in *Riv. giur.urb.* 2010, II, p. 101.

⁶⁷ BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale*, cit., p.429.

⁶⁸ E' il caso classico della cessione dell'area con vincolo preordinato all'esproprio, dietro corrispettivo non già di denaro, ma di un credito di volumetria per un altro terreno di proprietà.

⁶⁹ MARZARO GAMBA, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.* 2005, II, p.644.

⁷⁰ Non è infatti mai ipotizzabile «la garanzia di una sorta di attuazione in forma specifica dell'aspettativa» (P. STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Studi in ordine di Piga*, Milano, 1992, p.961).

⁷¹ BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit., p. 306; URBANI, *Conformazione della proprietà*, cit., p.908.

⁷² BARTOLINI, *I diritti edificatori*, cit., p.432. Invece secondo RESTAINO, *op. cit.* «i diritti edificatori attribuiti ad un soggetto in seguito a perequazione, compensazione o incentivazione sono svincolati dalla titolarità di un fondo al quale collegarlo», come nel caso di chi ha già ceduto al Comune l'area di sua proprietà senza averne, al momento, un'altra. L'ipotesi di mancanza del terreno di proprietà non è però la regola, ma l'eccezione, come quando il credito compensativo è l'esito di varianti di piano regolatore previamente autorizzate in linea di principio o anche non previste dal piano stesso, nel contesto di un procedimento di esproprio, sicché a fronte di una cessione bonaria sono assegnati crediti generati dal fondo espropriando oppure quando i crediti assegnati erano stati acquisiti *aliunde* dal Comune (URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comune*, in *Urbanistica e attività notarile*, cit., p.16).

⁷³ BARTOLINI, *I diritti edificatori*, cit., p.438.

Comune possa autofinanziarsi mediante la sua assegnazione onerosa⁷⁴. Si tratta peraltro di un'eventualità eccezionale, che la dottrina più attenta ritiene sospetta di incostituzionalità, perché fattispecie non già conformativa della proprietà, ma concessoria, onde sarebbe necessaria una legge statale che consenta al Comune di autogenerare diritti edificatori, prescindendo dal collegamento con un proprio diritto di proprietà sui suoli e tale non è nemmeno la legge sul piano casa (art.11, l. 6 agosto 2008, n.133 di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n.112)⁷⁵.

Il credito è dunque cedibile anche più volte in sequenza nel tempo, fermo restando che, come si dice con brillante espressione, dopo il “decollo”, con separazione dalla proprietà del terreno edificabile, e dopo il “volo”, cioè dopo i vari possibili passaggi in esito alle cessioni, l’“atterraggio” del diritto edificatorio non può avvenire in qualsiasi parte del territorio, ma solamente in quelle aree individuate come idonee a tal fine dallo strumento urbanistico, aree che, peraltro, possono perfino essere ricomprese nel territorio di altro Comune confinante, con il quale siano stati raggiunti appositi accordi di collegamento urbanistico.

I crediti edilizi possono così dar vita ad un vero e proprio mercato tra privati, ma anche con l'amministrazione comunale, che può acquisire diritti edificatori dai privati stessi, in modo da creare una riserva comunale di crediti edilizi di cui poter disporre e magari rivendere, mediante vere e proprie aste⁷⁶.

In tal caso è evidente che il diritto edificatorio non è più collegato, nella fase del volo, ed anche in quella del decollo, in caso di autopoesi e di assegnazione compensativa con variante di p.r., alla titolarità di un fondo e quindi non è più una facoltà proprietaria, acquisendo tale sua qualità solo nella fase dell'atterraggio e quindi nel momento dell'utilizzazione.

Non si vede però come possa distinguersi tale ipotesi rispetto a quella della cessione di cubatura tra fondi contigui, senza dunque un “volo”, salvo, appunto, la libera circolabilità, a prescindere da singole autorizzazioni amministrative. La cubatura dunque è e resta la misura matematica dell'edificabilità del suolo. Quel che circola è la *chance* edificatoria, collegata ad un interesse legittimo, sicché, nei rapporti con l'autorità amministrativa, nasce la legittimazione del titolare del credito a chiedere il permesso di costruire, sfruttando in altro terreno l'edificabilità acquisita in deroga ai limiti volumetrici⁷⁷.

Il provvedimento, anche in tal caso, non è atto dovuto, perché il proprietario di un terreno di atterraggio non potrebbe, ad esempio, acquisire senza limiti la volumetria dei terreni dell'ambito o comparto edilizio, per poi pretendere di costruire a piacimento un grattacielo⁷⁸. Va comunque notato che, in chiave circolatoria della legittimazione, sarebbe stato, in verità, più opportuno prevedere l'emissione di titoli impropri, del tipo di quello previsto, per la polizza assicurativa, dall'art.1889 c.c., con inapplicabilità dell'art.1993 c.c.⁷⁹, i quali titoli circolano mediante girata, piuttosto che la formalità trascrittiva che, come si dirà, fa nascere non pochi problemi. Non a caso, prima della Novella, questa soluzione era stata proposta, sia pure con un non corretto riferimento ai titoli di credito⁸⁰.

⁷⁴ Con riferimento ai crediti di volumetria assegnati in corrispettivo di obbligazioni urbanistiche adempite dal privato, in luogo dell'indennizzo in denaro, si è detto che il tal modo «l'amministrazione “batte” moneta volumetrica» (BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art.5 del decreto sviluppo*, in *Urb. e app.* 2011, p.1062). Con l'autopoesi questo fenomeno è fine a se stesso e non più in funzione indennitaria.

⁷⁵ BARTOLINI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ BARTOLINI, *I diritti*, cit., p.438. Ad esempio, nelle convenzioni di lottizzazione, tra i c.d. oneri esorbitanti, oltre alla cessione gratuita di aree del lottizzante a favore del Comune, può essere prevista anche la cessione di diritti edificatori, che poi il Comune stesso potrà impiegare in sede di compensazione.

⁷⁷ FRACANZANI, *Il credito edilizio nelle legge regionale Veneto n.11/04: emissione di carta moneta*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸ URBANI, *Conformazione della proprietà*, cit., p.908 segnala i pericoli della «incetta di diritti edificatori» in caso di perequazione.

⁷⁹ Cass. 19 aprile 1994, n.3728.

⁸⁰ BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia*, cit., p.1060.

Si tratta allora di verificare quale sia, per i crediti di volumetria, il senso dell'art.2643 n.2 *bis* c.c. Per quanto riguarda la fase circolatoria del “volo”, senza dubbio la trascrizione degli atti traslativi avverrà a fini di opponibilità, per poter prevalere rispetto ad altri eventuali aventi causa.

Il fatto che i diritti trasferiti siano dematerializzati non costituisce di per sé un ostacolo, perché i registri immobiliari sono organizzati su base personale. Pertanto non è di ostacolo nemmeno il principio di continuità ex art.2650 c.c., che dovrà essere osservato. Spetterà allora alla pubblica amministrazione, come già osservato, verificare, in sede di “atterraggio”, che l'ultimo titolare del credito possa vantare una serie continua di trascrizioni in favore proprio e dei propri danti causa prossimo e remoti.

Il problema è invece quello dell'osservanza di quanto dispone l'art. 2659 c.c. Il terreno iniziale sarà descritto nella nota di trascrizione relativa all'accordo costitutivo con il Comune, in funzione, come si dirà, di notizia e poi nella prima cessione operata dal proprietario. In caso di cessioni successive, in assenza, a quel momento, del terreno di atterraggio, si ritiene che continueranno ad essere indicati ex art.2659 n.4 c.c. i dati relativi a quello di decollo⁸¹.

Non può peraltro escludersi il caso estremo di crediti assegnati a prescindere da un terreno, per autopoesi o con variante di p.r.⁸², e poi ceduti in successione, tra soggetti non proprietari di un terreno o comunque non intenzionati a farli atterrare.

In questo caso la nota di trascrizione non potrebbe essere redatta nel punto in cui devono indicarsi i dati catastali relativi all'immobile oggetto del contratto trascritto, con conseguente intrascrivibilità della cessione. Soluzione, questa, ineccepibile sul piano del formalismo pubblicitario, ma inappagante in termini, per così dire, comparativi, rispetto all'ipotesi di “volo” da un fondo d'origine. In questo caso, infatti, la trascrizione è bensì possibile, ma solo in base ad un falso, perché si indicano i dati catastali di un terreno che è di proprietà non già del cedente, ma di un terzo, già titolare dei crediti ceduti, ma ora del tutto estraneo al contratto, senza considerare che il c.d. diritto edificatorio non è di certo un diritto reale su cosa altrui.

Eppure non si esita ad ammettere la trascrizione, motivando con il fatto che il relativo sistema è organizzato su base personale, sicché il problema semmai si porrebbe solo per le regioni, province e comuni ove vige ancora il sistema tavolare⁸³, oppure con il fatto che il c.d. diritto edificatorio non è una servitù, sicché «lo scopo della trascrizione può dirsi raggiunto assicurando evidenza all'effetto che si produce “a carico” del fondo d'origine»⁸⁴, oppure che si tratta, in sostanza, di un diritto analogo alla superficie e quindi su cosa altrui⁸⁵.

Una vera e propria ipocrisia giuridica, ovviamente a fin di bene, che potrebbe però essere spinta più in là, considerando che potrebbe essere trascritto il provvedimento amministrativo iniziale di assegnazione dei crediti, “a favore” di chi li cederà, con possibilità quindi di dar vita alla classica “catena” trascrittiva.

Dal punto di vista dell'immobile, poi, piuttosto che l'indicazione dei confini catastali, si dovrebbe indicare l'ambito o comparto di atterraggio così come previsto nel provvedimento stesso⁸⁶. Senza dubbio si tratterebbe di una soluzione del tutto anomala e perfino abnorme, ma, in chiave di formalismo trascrittivo, non peggiore di quella che legittima l'indicazione falsa dell'immobile di

⁸¹ RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit.; AMADIO, *op. cit.*, p.55; TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale* (relazione al Convegno tenutosi a Rimini il 17 settembre 2011 su *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili civilistici e bancari*, che ho potuto leggere grazie alla cortesia dell'A.).

⁸² URBANI, *Disciplina regionale*, cit., p.17.

⁸³ RESTAINO, *op. cit.*,

⁸⁴ AMADIO, *op. loc. ultt. citt.*

⁸⁵ TOMEO, *op. cit.*, su cui v. alla n.119.

⁸⁶ Secondo RESTAINO, *op. cit.* nel contratto di cessione, tra gli altri dati, devono essere indicati «gli ambiti entro i quali il diritto edificatorio può essere speso».

riferimento⁸⁷. In chiave di formalismo, infatti, non sono possibili graduazioni, per quanto riguarda l'inosservanza delle regole.

Un reificatore osserva che i c.d. diritti edificatori, essendo in realtà beni immobili, sia pure solo virtuali, dovrebbero essere accatastati, con successiva trascrizione, ma i problemi relativi all'accatastamento «renderebbero problematica l'istituzione di un mercato dei diritti edificatori, mentre la trascrizione esigendo la forma degli atti di cui all'art.2656 [rectius: art.2657] fornisce ampie garanzie di certezza», grazie all'intervento del notaio, non si comprende però in base a quali criteri, cui, fideisticamente, nemmeno si accenna⁸⁸.

Se però si esclude la trascrivibilità e quindi l'applicabilità dell'art.2644 c.c., i conflitti si risolveranno in base alla data certa, ma solo in chiave risarcitoria, come è d'altra parte ovvio, dal momento che si sarebbe in presenza di circolazione a carattere puramente speculativo. Nei confronti del Comune varrebbe comunque, nei termini già chiariti, solo la cessione che potrebbe essere trascritta, non essendo oltre tutto ipotizzabile un precedente atto di asservimento, in assenza di un terreno di atterraggio.

Vi è poi il problema della indicazione della misura del diritto edificatorio trasferito, che non potrebbe essere risolto con la relativa indicazione del quadro D⁸⁹, vero e proprio *refugium peccatorum* notarile⁹⁰, che però ha funzione di notizia e non vale ai fini dell'opponibilità. Il proprietario del fondo edificabile potrebbe infatti cedere parte dell'edificabilità a Tizio e parte a Sempronio, onde non vi sarebbe conflitto, pur essendo il fondo di riferimento lo stesso, oppure cedere l'intera cubatura due volte, con conflitto risolto dall'art.2644 c.c.

Non meno complicata è la soluzione del conflitto con il creditore, il quale intenda pignorare il credito del proprio debitore nella fase del "volo". Infatti chi parla, al riguardo, di bene mobile immateriale⁹¹, non potrebbe invocare gli artt.513 ss. c.p.c., essendo la disciplina del pignoramento mobiliare modellata sulle cose materiali, da ricercare nella casa del debitore, negli altri luoghi a lui appartenenti e magari sulla sua persona.

Escluso, dunque, che il credito possa ritrovarsi in tasca al debitore, nemmeno l'art.2915 comma 1° c.c. e la trascrizione potrebbero entrare in gioco, essendo la trascrizione forma del pignoramento immobiliare (art.555 c.p.c.). Né potrebbe invocarsi l'art.813 c.c., perché perfino se si volesse parlare del diritto edificatorio in termini, come si dirà, di diritto reale immobiliare, l'oggetto di riferimento non potrebbe ovviamente essere il terreno di decollo, che ha perso la volumetria, ma non potrebbe essere nemmeno quello di atterraggio. Esso infatti sarebbe indeterminato e indeterminabile, sia perché sarebbe necessario un successivo atto di discrezionalità amministrativa, sia perché, in ogni caso, sarebbe, allo stato, impossibile prevedere con esattezza il luogo dell'atterraggio stesso.

Come è stato puntualmente osservato, «la commerciabilità tra privati, senza alcun riferimento alle aree cessionarie, comporta un margine di rischio maggiore, atteso che l'atterraggio potrebbe anche non verificarsi a causa della mancanza o della scarsità delle aree idonee su cui esercitare il

⁸⁷ Del resto già il fatto stesso che sia stato adottato il sistema della trascrizione è una anomalia, essendo evidente che la circolazione "in volo" con difficoltà può essere riferita a diritti immobiliari. Chi reifica la cubatura parla poi di un bene mobile che circola come un immobile (TRAPANI, *op. cit.*, p.109). Infine la circolazione della stessa *chance* edificatoria non ha nulla a che vedere, in linea di principio, con la trascrizione.

⁸⁸ GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo, L. Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p.136.

⁸⁹ In tal senso invece RESTAINO, *op. cit.*; TOMEO, *op. cit.*

⁹⁰ V. ad esempio, con riferimento critico alle originarie contorsioni giuridiche sulla trascrizione del *trust*, GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.* 2002, p.1114.

⁹¹ TRAPANI, *Normative*, cit., p.109.

diritto edificatorio o per effetto di sopravvenienze di fatto o normative»⁹², comunque legate ad una diversa valutazione del pubblico interesse, che potrebbe perfino comportare la soppressione della volumetria circolante in forma dematerializzata e quindi non ancora atterrata⁹³.

In effetti, anche a prescindere dalla prescrizione⁹⁴, i diritti edificatori «rimangono immanentemente sottoposti al potere di revisione del piano da parte dell'amministrazione»⁹⁵ a riprova del carattere pubblicistico della vicenda⁹⁶. In tal senso la cessione onerosa si atteggia alla stregua, *mutatis mutandis*, di una cessione di un credito, più che futuro, sperato ovvero, in chiave di reificazione, di una *emptio spei* aleatoria, piuttosto che di una *emptio rei speratae*.

In tal caso, come è evidente, si porrebbe anche un problema di segnalazione pubblicitaria e quindi della formalità trascrittiva. Sul piano funzionale la revisione del piano comporterebbe la revoca o la decadenza degli atti amministrativi, con i quali i crediti sono stati assegnati, per cui potrebbe ritenersi possibile l'assimilazione di questa ipotesi a quella dell'avveramento di una condizione risolutiva. Il provvedimento di revisione o revoca andrebbe allora in teoria annotato a margine della trascrizione della cessione del credito, ai sensi dell'art.2655, comma primo c.c.

Senonché questa ipotesi è certamente da rifiutare. Infatti la sanzione prevista dallo stesso art.2655 comma terzo c.c. per l'inosservanza della formalità, sarebbe decisamente inapplicabile, atteso che non sarebbe ipotizzabile, *inter partes*, un effetto restitutorio, perché l'effetto sarebbe quello di estinguere il credito in assoluto. La formalità più corretta sarebbe dunque quella della cancellazione della trascrizione, se non ostasse la tipicità delle ipotesi previste dall'art.2668 c.c.⁹⁷ Senza considerare che il carattere pubblicistico del provvedimento fa, in generale, dell'onere della trascrizione un'araba fenice⁹⁸.

Ciò posto non si vede come l'atto di pignoramento potrebbe indicare esattamente, con gli estremi richiesti dal codice civile per l'individuazione del bene immobile ipotecato, i beni e i diritti immobiliari, secondo la formula del codice di rito, che si intendono sottoporre ad esecuzione (art.555 c.p.c.), sicché l'atto stesso sarebbe di impossibile formulazione. Ovviamente, in tal caso non si potrebbe nemmeno ipotizzare che, nella nota di trascrizione relativa al pignoramento, sia indicato, quale bene pignorato, il terreno di decollo, che non è di proprietà del debitore e non può quindi essere pignorato.

Il credito edilizio, in verità, attribuisce al suo titolare solo la legittimazione a richiedere il provvedimento relativo allo sfruttamento di quella data volumetria, onde la pubblica amministrazione avrà come interlocutore finale il proprietario del fondo su cui il credito atterrerà.

⁹² BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit. p. 307. V. infatti T.A.R. Lombardia 17 settembre 2009, n.4671, in *Urb. e app.* 2010, p.353, secondo cui il titolare di volumetrie assegnate in sede perequativa, può ricorrere avverso la disciplina urbanistica delle aree di atterraggio, che ne modifica la capacità edificatoria.

⁹³ MARZARO GAMBA, *op. cit.*, p. 656.

⁹⁴ Poiché si tratta di interessi legittimi non vi sarebbe prescrizione. Di qui la necessità di prevederla per legge, in un quinquennio, secondo BARTOLINI, *Profili giuridici*, cit., p.310.

⁹⁵ BOSCOLO, *op. cit.*, p.1062, il quale però fa salva l'ipotesi di autolimitazione temporale del Comune, che si obblighi a non procedere per un certo tempo a revisione, e di crediti volumetrici compensativi, perché risultato di una prestazione che il privato ha già assolto. Ma, in tal caso, la tutela del privato, in esito alla revoca o modifica, sarebbe pur sempre affidata all'indennità, cui egli avrebbe diritto in via diretta o di regresso, in caso di avvenuta circolazione del credito.

⁹⁶ Secondo AMADIO, *op. cit.*, p.45 questo argomento, contrario alla rilevanza civilistica dei diritti edificatori, provverebbe troppo, perché allora dovrebbe negarsi rilevanza civilistica al diritto di proprietà, «il quale, tutte le volte in cui risulti conformato da previsioni di piano, sconta pur sempre il rischio di sopravvenienze modificative del suo contenuto di facoltà edificatorie, senza per questo cessare di essere una situazione giuridica soggettiva civilisticamente rilevante». A prescindere dall'insegnamento pugliattiano, che invita a distinguere la proprietà dalle proprietà, resta il fatto che la proprietà si acquista nei modi previsti dall'art.922 c.c., mentre i c.d. diritti edificatori sono attribuiti e quindi nascono in base a quanto previsto dagli strumenti urbanistici.

⁹⁷ Ma v. GAZZONI, *La trascrizione degli atti*, I, cit., p.65.

⁹⁸ Nega ogni possibile rilievo pubblicitario TRAPANI, *Normative*, cit., p.113. Secondo TOMEIO, *op. cit.* analogo problema nasce quando avviene l'allocatione, con estinzione o esaurimento del credito (ma l'A. parla di diritti edificatori e di consolidamento), onde sarebbe necessario un atto pubblico da trascrivere, se non ostasse il principio di tipicità, sicché si dovrebbe risolvere il problema con l'intestazione catastale, essendo i trasferimenti (nella prospettiva del diritto edificatorio) soggetti a voltura.

Dunque il creditore del titolare del credito “in volo”, dovrebbe pignorararlo ai sensi degli artt. 543 ss. c.p.c., con evidenti difficoltà di adattare al caso di specie la forma dell’espropriazione presso terzi. L’ufficiale giudiziario dovrebbe infatti, ai sensi dell’art.492 c.p.c., ingiungere all’autorità comunale di astenersi dal rilasciare al debitore, titolare del credito di volumetria, debitamente trascritto, il provvedimento amministrativo atto a permettere l’utilizzazione della volumetria stessa. Il creditore pignorante dovrebbe poi ottenere in sede esecutiva l’assegnazione del credito ai sensi dell’art.553 c.p.c., magari pro-quota, in base al rapporto tra valore del credito di volumetria e entità del credito monetario.

Inoltre non sarebbe di immediata soluzione il caso previsto dall’art.2914 n.2 c.c., che è proprio quello che qui più interessa, visto che la cessione del c.d. credito edilizio non va notificata all’autorità comunale, né deve o può essere accettata, se non altro per l’ovvio motivo che vale, al riguardo, il potere discrezionale finale che alla pubblica amministrazione pur sempre compete in sede di valutazione del luogo dell’aterraggio ed anche delle possibili sopravvenienze, in punto di interesse pubblico, onde l’inesistenza di un vincolo irreversibile. Senza contare l’impossibilità anche teorica di ipotizzare un pagamento indebito o al creditore apparente (art.1264 c.c.).

Il punto merita un chiarimento. In alcuni Comuni, prima della Novella, era stato istituito un registro dei crediti edificatori, proprio al fine di dare una qualche certezza alla loro circolazione⁹⁹. L’iscrizione nel registro era quindi una modalità certamente analoga a quella prevista dall’art.1264 c.c. I registri immobiliari hanno definitivamente risolto il problema, sicché ci si potrebbe chiedere se la notificazione della cessione trovi ora un proprio equipollente nella trascrizione.

E’ però a dir poco dubbio immaginare di sostituire la notificazione con la trascrizione, non solo perché l’una risponde ad una logica totalmente diversa rispetto all’altra¹⁰⁰, ma anche perché il conflitto non potrebbe risolversi con la priorità della trascrizione rispetto alla notifica dell’atto di pignoramento, essendo ben noto che la trascrizione risolve i conflitti solo quando tutti gli atti confliggenti sono soggetti a trascrizione, mentre il pignoramento dei crediti non lo è.

E’ dunque indispensabile una puntuale disciplina legislativa che regoli la materia¹⁰¹, perché non basterà l’interpretazione analogica, assiologica o costituzionalmente orientata, magari con improprio richiamo all’art.47 Cost., interpretazione che taluni propugnano anche in materia di trascrizione¹⁰², per risolvere il problema, applicando il principio della priorità della trascrizione del pignoramento immobiliare, rispetto a quella della cessione¹⁰³.

4. L’art. 2643 n. 2 *bis* c.c. parla di contratti che «trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati». Problematico è il riferimento ai contratti costitutivi o modificativi, perché la titolarità della potestà in materia di governo del territorio spetta alla pubblica amministrazione, onde non è pensabile che diritti edificatori possano essere costituiti o modificati tra privati al pari della c.d. cessione¹⁰⁴, salvo che, per la modificazione, si tratti dello stesso contratto di cessione.

E’ impossibile, peraltro, sostenere che la costituzione del diritto edificatorio si identificherebbe con la prima cessione di cubatura, mentre il trasferimento sarebbe riferibile a quella, eventualmente, successiva¹⁰⁵. In tal modo, infatti, si ipotizzerebbe una sorta di monopolio

⁹⁹ BOSCOLO, *Le novità*, cit., p.1062. V., ad esempio, l’art.4, comma 11, l. regionale della Lombardia n.12 del 2005.

¹⁰⁰ GAZZONI, *op. ult. cit.*, p.55 ss.

¹⁰¹ TRAPANI, *Normative*, cit., p.100, parla, a proposito dei profili tecnici della trascrizione, di «attesa dell’intervento di un decreto attuativo del numero 2 *bis*», auspicabilmente esteso anche al merito della disciplina del c.d. diritto edificatorio.

¹⁰² V. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p.87.

¹⁰³ Così, infatti, PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a “diritti edificatori” (c.d. cessione di cubatura o volumetria)*, in www.gaetanopetrelli.it, p.8, il quale, senza porsi problema alcuno, ritiene applicabile l’art.2643 n.6 c.c.

¹⁰⁴ Conforme TRAPANI, *Normative*, cit., p.112-113.

¹⁰⁵ E’ l’opinione di PETRELLI, *op. loc. cit.*

privato nella disciplina della fattispecie, con un contratto derivativo-costitutivo, evidentemente del tipo servitù prediale, suscettibile però di circolazione, perché «il conseguente diritto edificatorio può essere attribuito ad una determinata persona, piuttosto che vincolato ad un determinato “fondo dominante”»¹⁰⁶.

Senonché il c.d. credito di volumetria, o diritto edificatorio che dir si voglia, può circolare sul piano personale solo se, e nei limiti in cui, la circolazione (il “volo”) sia prevista dalla disciplina urbanistica vigente, con conseguenti controlli di carattere pubblicistico, e non già in virtù puramente e semplicemente di un accordo *inter partes*; né il terreno di atterraggio può essere liberamente scelto, dovendo essere ricompreso all’interno degli ambiti o comparti prefissati. Non può allora dirsi che, in base all’art.2643 n.2 *bis* c.c. sarebbe consentito all’acquirente del c.d. diritto edificatorio «di “disporne”, sia alienandolo ulteriormente, sia utilizzandolo a beneficio di qualsiasi fondo di sua proprietà»¹⁰⁷.

Non è un caso dunque se il richiamo ai contratti che costituiscono o modificano i diritti edificatori è stato inserito dalla legge di conversione, perché il decreto legge parlava solo di «contratti che trasferiscono» detti diritti. L’emendamento è, con tutta probabilità, l’esito di una forzatura giuridica, se si considera che si è così utilizzata (in verità con una assurda sequenza, onde il trasferimento dovrebbe precedere la costituzione) la stessa formula prevista dall’art. 2643, n. 2 c.c., là dove, però, non sorgono problemi, trattandosi di contratti (tra privati) di usufrutto, enfiteusi e superficie.

La riprova è nel fatto che l’art. 5 comma 1 lett. c) del poi convertito decreto spiegava che la successiva disposizione sulla trascrizione avrebbe avuto lo scopo di «procedere alla tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cessione di cubatura», mentre, coerentemente, l’art. 5, n. 3 del decreto convertito spiegava l’introduzione del n.2 *bis* con lo scopo di «garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori». Quanto alla tipizzazione, il legislatore ha confermato di avere idee alquanto confuse in materia, reiterando, ed anzi peggiorando, lo schema di cui all’art.2645 *ter* c.c., là dove la disciplina del negozio di destinazione è, sul piano sostanziale, pressoché inesistente¹⁰⁸, mentre, in punto di circolazione, solo per la cessione ha un senso la prevista trascrivibilità, ai fini di cui all’art.2644 c.c.

Non si comprende infatti quale ruolo possa o debba svolgere la trascrizione, pur se riferita all’accordo costitutivo dei crediti edilizi¹⁰⁹. Essi infatti nascono nel contesto di un procedimento amministrativo, tale essendo anche quello della c.d. urbanistica consensuale, che risponde pur sempre a ragioni di interesse pubblico¹¹⁰.

Dunque, laddove la costituzione, ad esempio, dell’usufrutto deve essere trascritta ex art.2643 n.2 c.c., perché il nudo proprietario, in difetto, potrebbe vendere il bene come libero e l’acquirente, trascrivendo per primo, prevarrebbe sull’usufruttuario, per i crediti edilizi eguale pericolo non è nemmeno teoricamente ipotizzabile. La pubblica amministrazione, infatti, non potrebbe ovviamente assegnare lo stesso credito edilizio due volte, riferito allo stesso bene, mentre, per quanto riguarda l’autopoiesi, mancherebbe perfino il bene di riferimento, cioè il fondo per il decollo e per l’atterraggio. Che se poi per qualsivoglia impensabile motivo sorgesse un conflitto, esso andrebbe risolto di certo non già con lo strumento della trascrizione, ma con quello dell’autotutela

¹⁰⁶ PETRELLI, *op. cit.*, p.7. Parla indifferentemente di contratto-attributivo, contratto costitutivo-derivativo e contratto derivativo, AMADIO, *op. cit.*, p.50, 55.

¹⁰⁷ Così invece PETRELLI, *op. loc ultt. citt.*

¹⁰⁸ GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p.165 ss.

¹⁰⁹ TRAPANI, *Normative*, cit., p.99, parla di quelli svincolati da un fondo sorgente; BOSCOLO, *op. ult. cit.*, p.1062 richiama quelli compensativi.

¹¹⁰ URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 del 2011 di conversione del D.L. n.70 del 13 maggio 2011*, in www.giustizia-amministrativa.it, p.8.

amministrativa, cioè con strumenti pubblicistici, o, in ultima analisi, con sentenza in sede di impugnativa dell'atto amministrativo.

Escluso che il c.d. contratto costitutivo del diritto edificatorio sia ravvisabile quando la cubatura è assegnata al fondo in base a quel che ad esso spetta in applicazione degli ordinari strumenti urbanistici, ove esso, viceversa, fosse necessario, assegnandosi crediti di volumetria, non per questo la trascrizione a fini di opponibilità sarebbe necessaria.

In questa prospettiva realisticamente pubblicistica, misterioso è allora il motivo per il quale il riferimento al contratto costitutivo è stato inserito, con la legge di conversione, all'art.2643 n.2 *bis* c.c., strettamente collegato all'art.2644 c.c. Poiché però la norma dispone quel che dispone non vi è altra scelta se non quella di immaginare che il legislatore abbia sommato cavalli e (non a caso) asini, abbia cioè previsto una trascrizione a fini di opponibilità per il trasferimento (o per la modificazione ad opera delle parti dello stesso contratto traslativo) e un'altra in funzione di notizia per la costituzione¹¹¹.

Poiché tale trascrizione notizia è all'evidenza del tutto estranea alla logica della risoluzione dei conflitti *ex art.2644 c.c.*, il contratto costitutivo, dal quale origina una catena di successivi trasferimenti, non deve essere necessariamente trascritto ai fini di cui all'art.2650 comma 1° c.c., così come, ad esempio, non deve essere curata, allo stesso scopo, la trascrizione della sentenza *ex art.2651 c.c.*, anche considerando che la salvezza di quanto disposto dall'art.2644 c.c., di cui parla l'art.2650 c.c., riguarda la successiva circolazione tra privati e non già, come detto, l'iniziale accordo costitutivo.

D'altra parte non si crea alcun problema di ricostruzione dei passaggi, perché dall'esame del titolo allegato alla nota di trascrizione si può agevolmente stabilire se quello del dante causa sia stato il provvedimento amministrativo, da cui originano i successivi trasferimenti e quindi le trascrizioni.

5. La cessione di cubatura, anche dematerializzata, non dà vita, sul piano genetico, ad una vicenda di carattere reale, nè *inter partes*, né, ovviamente, nei rapporti con la pubblica amministrazione. Qualcuno però, come si è detto, parla di bene ai sensi dell'art.810 o di diritto reale edificatorio, sulla scorta della formula di cui all'art.2643 n.2 *bis* c.c.¹¹², senza però non sempre distinguere tra cubatura attribuita ad uno specifico fondo, in base agli ordinari strumenti urbanistici, cui, si potrebbe azzardare, il diritto inerisce, e cubatura di cui ai crediti edilizi dematerializzati, là dove parlare di inerenza ad un fondo determinato o determinabile con certezza non è possibile prima dell'atterraggio¹¹³.

Al fine di superare l'ostacolo, qualcuno, riconoscendo che l'art.2643 n.2 *bis* c.c. configurerebbe un diritto reale immediatamente efficace e non già un'aspettativa tutelata, parla di inerenza virtuale, perché essa sarebbe presupposto necessario per la realizzazione, ma non per la circolazione¹¹⁴. Ma l'inerenza è carattere intrinseco e quindi costitutivo del diritto reale, sicché solo nel momento in cui essa si manifesta, il diritto è configurabile e non già solo esercitabile, come è,

¹¹¹ Secondo AMADIO, *op. cit.*, p.55 la notizia varrebbe per i provvedimenti amministrativi modificativi o estintivi, non essendo quelli costitutivi suscettibili di trascrizione.

¹¹² Secondo TRAPANI, *Normative*, cit., p.99 la tesi della cubatura come bene immateriale è proponibile anche sotto il vigore dell'art.2643 n.2 *bis* c.c. ed anzi, proprio perché immateriale, permette di giustificare il trasferimento "in volo", scisso dalla proprietà di un terreno. *Contra* AMADIO, *op. cit.*, p.51, secondo il quale l'immaterialità è inconcepibile per un bene che realizza l'interesse ad edificare e quindi non «può trovare realizzazione finale senza una relazione qualificata (proprietà o altro diritto idoneo) con il bene materiale "suolo"». Inoltre il trasferimento "in volo" del bene non realizzerebbe un valore di uso, ma di scambio, proprio di ogni diritto suscettibile di circolazione, onde i diversi modelli di diritto, in base a questo criterio, sarebbero indistinguibili.

¹¹³ Non distingue PETRELLI, *op. cit.*, p.5 ss.

¹¹⁴ AMADIO, *op. cit.*, pp.51-53. All'inerenza virtuale corrisponde, per i reificatori, il bene immobile virtuale, ipotizzato, con notevole fantasia extravagante, da GAMBARO, *I beni*, cit., p.135. Si tratta, all'evidenza, di tesi solo "virtualmente" giuridiche, perché prive di qualsivoglia base normativa.

viceversa, per la *chance* edificatoria. Un diritto reale senza un bene cui esso inerisca è davvero una contraddizione, onde esso non può circolare come tale. *Mutatis mutandis* è la situazione giuridica in cui si ritrova l'acquirente di cosa futura, il quale, prima della venuta ad esistenza della cosa stessa, è titolare solo di un diritto di credito strumentale nei confronti dell'alienante e quindi di un'aspettativa, onde l'acquisto del diritto reale è eventuale e comunque differito e irretroattivo. Irretroattività che impedisce di assimilare l'aspettativa alla titolarità di un diritto non esercitabile¹¹⁵.

Né è produttore assimilare il diritto edificatorio, prima della realizzazione, al credito inesigibile ed in particolare a quello sottoposto a condizione, che sarebbe tale e non già mera aspettativa di diritto¹¹⁶.

Per quanto riguarda, infatti, il diritto di proprietà la situazione è ben diversa, essendo pacifico che la disciplina degli atti di disposizione, quando il contratto è sottoposto a condizione sospensiva (art.1357 c.c.), è disciplina della circolazione non già del diritto reale, ma di un'aspettativa, pur in presenza di retroattività degli effetti¹¹⁷, così come in caso di termine iniziale, ovviamente irretroattivo, vi è solo certezza della situazione di appartenenza, anche se priva di talune sue prerogative, quale, ad esempio, quella di godere del bene, tant'è che per la posizione dell'alienante si può configurare «la coesistenza di un diritto su cosa altrui “limitato nel tempo” [onde] la scissione tra “esercizio” del diritto e “appartenenza” del medesimo»¹¹⁸.

I crediti “in volo” hanno viceversa una loro ragion d'essere ed una loro attualità, perché la *chance* edificatoria in quanto tale, intesa cioè come legittimazione a chiedere il permesso di costruire per una volumetria maggiore, è svincolata sul piano teorico-ricostruttivo dalla relazione con il terreno. E' vero che il permesso di costruire è rilasciato sulla base di un progetto, il quale a sua volta presuppone la titolarità di un diritto reale avente ad oggetto un terreno edilizio, ma è anche vero che, per il titolare del credito “in volo”, acquisire la proprietà del terreno è solo un onere che va adempiuto al fine di esercitare la *chance* edificatoria e quindi di realizzare un proprio interesse, e non già *condicio sine qua non* per la sua stessa astratta configurabilità.

In ogni caso, anche a prescindere dal decisivo profilo dell'inerenza, gli ostacoli da superare al fine di configurare un diritto reale, non sono pochi, a partire, ovviamente, da quello, fondamentale, del rapporto con la pubblica amministrazione, nonché da quello della scissione tra diritto di proprietà del terreno e diritto di costruirvi un edificio, che sarebbe un nuovo diritto di godimento¹¹⁹, analogo alla superficie¹²⁰, ma, caratteristica davvero singolarissima, su cosa propria e non già altrui¹²¹, potendo essere esercitato solo dal proprietario del terreno, mentre esso è situato nel mondo delle idee platoniche, ove scisso dalla proprietà di un terreno edificabile, perché “in volo”. E' evidente infatti che il cessionario del credito di volumetria non potrebbe pretendere di esercitarlo sul terreno di decollo, di proprietà dell'originario cedente.

Il proprietario potrà quindi sempre trarre un'utilità anche da un terreno non edificabile, mentre il titolare del platonico diritto (reale) edificatorio, solo se proprietario di un terreno edificabile

¹¹⁵ Non è dunque vero che questa distinzione «tende a perdere di nitidezza», come vorrebbe AMADIO, *op. cit.*, p.52.

¹¹⁶ AMADIO, *op. cit.*, p.52-53. Così anche, con riguardo alla cessione del credito, PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p.13. *Contra* BRECCIA, *op. cit.*, p.786, che parla di aspettativa. Secondo Cass. 17 gennaio 2007, n.966, in *Giur. it.* 2008, p.337 la formula di cui all'art.2901 c.c., che parla anche di crediti inesigibili e in specie condizionati, dà «una nozione lata di credito, estesa fino a comprendere anche le legittime ragioni o aspettative di credito».

¹¹⁷ Con notevoli complicazioni, su cui v. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale*, II, nel *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006², p.973.

¹¹⁸ DI MAJO, voce *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p.195.

¹¹⁹ PETRELLI, *op. cit.*, p.7.

¹²⁰ RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit.

¹²¹ TOMEO, *op. cit.*, ritiene che i diritti edificatori presentino «caratteristiche appartenenti sia all'una che all'altra categoria», ma poi parla di proprietà del fondo di decollo «compresa dalla titolarità dei diritti edificatori in capo ad altri soggetti», con evidente riferimento, anche terminologico, ai diritti reali su cosa altrui.

potrebbe esercitarlo, per poi vederlo scomparire una volta costruito l'edificio, acquisito per accessione al proprio patrimonio. Questo singolare diritto sarebbe pertanto una sorta di maschio di mantide religiosa, che viene divorato dalla femmina durante l'accoppiamento, un diritto meramente strumentale, al solo fine di costruire e quindi acquisire la proprietà di un edificio.

L'unica possibilità teorica di scindere i due diritti sarebbe quella di un accordo tra il titolare di crediti volumetrici e il proprietario di un terreno destinato a verde, per la costruzione di un edificio, che rimarrebbe bensì di proprietà del titolare dei crediti, ma alla stregua di una proprietà superficiaria. Ipotesi peraltro inconfigurabile a causa dell'inedificabilità del terreno, sicché non sarebbe possibile ottenere il permesso di costruire e la costruzione, ove comunque realizzata, sarebbe illegittima, con inevitabile abbattimento. Se poi il terreno fosse edificabile, il diritto di superficie potrebbe essere acquisito direttamente, senza intermediazione del c.d. credito volumetrico, che potrebbe bensì essere utilizzato, ma solo se il terreno è in area di atterraggio o potrebbe essere ceduto quale corrispettivo, permettendo al cessionario di ritrasferirlo a titolo oneroso per rivalersi, sempre nel rispetto degli strumenti urbanistici.

Questo diritto reale strumentale sarebbe immobiliare ai sensi dell'art.813 c.c., ma caratterizzato da una disciplina tutta da verificare. Non si saprebbe infatti, secondo quanto già osservato, come trascrivere gli atti traslativi di quelli platonicamente "in volo", né come pignorarli nella loro immaterialità, senza considerare che è davvero bizzarro immaginare che un creditore voglia pignorare il diritto edificatorio piuttosto che il terreno, quando non vi sia stato "decollo". Altrettanto bizzarro è immaginare che il proprietario di un terreno edificabile, si riservi il diritto edificatorio, alienando la proprietà del terreno, che avrebbe, a quel punto, solo una destinazione a verde¹²², salvo riserva parziale, ove l'alienante sia titolare di altro fondo edificabile di possibile atterraggio.

Quanto all'ipoteca si sostiene che l'art.2810 c.c. elenca oltre ai beni immobili anche taluni diritti sui beni stessi, onde, non potendo considerarsi l'elencazione tassativa, potrebbe essere oggetto di ipoteca anche il diritto edificatorio¹²³. Sennonché, quanto all'usufrutto, superficie, enfiteusi si può aver riguardo, per l'individuazione del bene, all'immobile altrui su cui questi diritti di godimento gravano, mentre per i diritti edificatori non collegati ad un terreno edilizio e dunque platonicamente "in volo" nell'iperuranio, non si saprebbe come procedere.

Oltre tutto, pur se si ricomprenda all'interno della categoria dei beni futuri un bene bensì esistente, ma ancora non acquisito al patrimonio¹²⁴, nel caso di "volo" il terreno di atterraggio sarebbe indeterminato e quindi insuscettibile di iscrizione ipotecaria, come anche si ricava, *mutatis mutandis*, dall'art.2823 c.c.

E' alquanto ardito, poi, immaginare di invocare analogicamente l'art.2825 c.c., per iscrivere ipoteca sul terreno (altrui) da cui il decollo è avvenuto, in attesa che il terreno di atterraggio sia individuato e l'ipoteca trasferita, anche se questa soluzione sarebbe obbligata per coloro i quali ritengono che i dati catastali del terreno di origine debbano figurare nella nota di trascrizione della cessione "in volo"¹²⁵. Tuttavia l'analogia con l'ipoteca su beni indivisi è impossibile, perché i casi non sono simili e le materie non sono analoghe (art.12 comma secondo disp. prel. c.c.), se si considera che l'ipoteca, nel caso di comunione, è costituita dal debitore sulla propria quota ideale dei beni immobili, di cui egli è titolare, tant'è che la divisione ha natura dichiarativa e non già

¹²² Lo ipotizza RESTAINO, *op. cit.*

¹²³ RESTAINO, *op. cit.*

¹²⁴ Cass. 5 febbraio 2001, n.1596, in *Giur. it.* 2001, p.1595.

¹²⁵ Così infatti TOMEO, *op. cit.*, il quale parla di surrogazione reale nell'ipoteca.

costitutiva, mentre il fondo di decollo su cui l'ipoteca dovrebbe essere inizialmente iscritta sarebbe di un terzo.

Se poi il credito non è dematerializzato, è difficile, per non dire impossibile, ammettere che l'art.2810 c.c. possa riguardare diritti immobiliari su cosa propria, quale sarebbe il diritto edificatorio¹²⁶. Semmai varrebbe il contrario, con automatica estensione dell'ipoteca ai sensi dell'art.2811 c.c., ma con possibile patto contrario e quindi anche con possibile restrizione, specie ove si intenda cedere la cubatura¹²⁷.

Quanto infine all'usucapione¹²⁸, si deve innanzi tutto ammettere l'astratta possibilità di un possesso di diritti, entità immateriali, cioè incorporali¹²⁹. Tuttavia non si riesce ad immaginare un uso ultraventennale, risolvendosi l'attività corrispondente all'esercizio del diritto edificatorio, a tutto concedere, nell'atto *una tantum* ed istantaneo di disposizione *a non domino*¹³⁰ oppure nel chiedere alla pubblica amministrazione il permesso di costruire per una cubatura maggiore in favore del proprio fondo, a discapito del fondo altrui.

Né può dirsi che l'usucapione maturerebbe dopo venti anni dalla costruzione di un immobile con cubatura maggiore, a fronte al non uso della stessa cubatura, spettante ad altro immobile dello stesso comparto o ambito edilizio, magari in esito ad una cessione nulla. Ipotesi teoricamente possibile (art.1422 c.c.), ma il diritto edificatorio, una volta esercitato, scomparirebbe come tale e l'edificio, frutto del suo esercizio, sarebbe bene immobile acquistato per accessione dal proprietario del terreno per la parte regolare, mentre per quella irregolare varrebbe, se del caso, l'usucapione.

Salvo immaginare che il ventennio dovrebbe maturare, giorno dopo giorno, nel periodo in cui l'edificio è in costruzione, ipotesi alquanto stravagante e comunque riferibile alle piramidi egizie e a non poche opere pubbliche italiane, ma difficilmente ipotizzabile ove la costruzione sia frutto di iniziativa privata¹³¹.

6. Il tentativo di teorizzare la nascita di un nuovo diritto reale immobiliare non può dirsi riuscito. Esso è, all'evidenza, frutto, da un lato, di una presa di posizione aprioristica, volta al recupero di una dimensione tendenzialmente privata della vicenda edificatoria e, dall'altro, di una sorta di strabismo, con deviazione degli assi visivi giuridici in direzione del terreno edificabile.

Questa deviazione induce a rifiutare la possibilità di ricostruire la vicenda *inter partes* alla stessa stregua del modello tipico della cessione del credito, applicato peraltro ad un interesse legittimo, e quindi in termini non reali, perché non si potrebbero inquadrare vicende relative allo *jus aedificandi* in termini diversi da quelli proprietari e quindi di diritto assoluto¹³².

In tal senso il procedimento è quello stesso che induce a reificare la cubatura, così da utilizzare i contratti traslativi della proprietà, al fine di spiegare la circolazione della utilità economica, elevata ad autonomo bene giuridico.

Alla circolazione del bene cubatura, corrisponde dunque, sul piano dell'equipollenza, perfino ideologica, la circolazione del diritto edificatorio, che non potrebbe non essere a carattere reale e

¹²⁶ Così invece PETRELLI, *op. cit.*, p.9; TRAPANI, *Normative*, cit., p.117.

¹²⁷ TRAPANI, *op. cit.*, p.111.

¹²⁸ Ammessa senza motivazione da PETRELLI, *op. loc. cit.*

¹²⁹ MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p.225.

¹³⁰ Come osserva MESSINETTI, *Oggettività giuridica*, cit., p.237, «il godimento attraverso un'attività economica con terzi, costituisce il nucleo essenziale della rilevanza delle cose incorporali come beni in senso giuridico».

¹³¹ Chi ammette l'usucapione, deve anche ammettere la possibilità di trascrivere la sentenza ex art.2651 c.c. Equivoca con l'art.2643 n.14 c.c., TRAPANI, *Normative*, cit., p.115 affermando che «appare invero poi paradossale il mancato richiamo dell'art.2651 c.c. (sotto la rubrica Trascrizione di sentenze) alla impossibilità [*rectius*: possibilità] di trascrivere le sentenze civili che concernano il trasferimento dei diritti edificatori. Si tratta anche in questa ipotesi di un mero difettoso coordinamento delle nuove disposizioni».

¹³² Scrive AMADIO, *op. cit.*, p.47: «anch'io francamente, pur essendomi posto il problema con serietà, non riesco davvero a immaginare come al nostro diritto edificatorio possa adattarsi il diverso schema della pretesa al comportamento altrui». Il fatto è che lo strabismo comporta proprio di non poter vedere che la vicenda si sviluppa attraverso un procedimento amministrativo e che la *chance* edificatoria si rapporta non con il terreno, mero termine di riferimento oggettivo del provvedimento amministrativo, ma con il provvedimento stesso.

che un tempo trovava il proprio ostacolo nel principio di tipicità. Ciò spiega il tentativo di creare un nuovo tipo di bene, attesa l'inesistenza per le *res* di preclusioni da *numerus clausus*¹³³, mentre ora si crea un nuovo diritto reale, sul presupposto tautologico che esso sia tale e quindi tipico e trascrivibile.

Questo strabismo legittima se stesso richiamandosi alla collocazione relativa ai diritti edificatori, non solo all'interno dell'art.2643 c.c., ma nel contesto dei diritti reali immobiliari, a mo' di *sandwich*, tra usufrutto, superficie e enfiteusi, da un lato, e servitù, uso e abitazione, dall'altro, con in più la comunione¹³⁴.

La collocazione di una norma in un certo contesto, in verità, non è argomento decisivo, anche perché, allora, è possibile replicare con altro, analogo argomento.

L'art.2645 *bis* c.c. disciplina la trascrizione del preliminare limitatamente ai contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art.2643 c.c., quelli cioè che riguardano la circolazione dei diritti reali. Ebbene tale norma non è stata emendata, con il rinvio anche al numero 2 *bis*, sicché l'argomento della introduzione di tale numero all'art.2643 c.c. è annullato dal mancato riferimento ad esso all'art.2645 *bis* c.c.¹³⁵. Egualmente è a dirsi per quanto riguarda l'art.2648 comma primo c.c.

Resta comunque il fatto che l'apriorismo della costruzione, per cui il diritto deve essere reale, costi quel che costi in termini di coerenza disciplinare¹³⁶, si manifesta in tutta la sua evidenza se si considerano le anomalie che lo caratterizzerebbero¹³⁷, secondo quanto si è illustrato, ad iniziare dalla terminologia.

Infatti così poco tipizzato è questo diritto, già sul piano terminologico, che il legislatore ha dovuto usare un'espressione anch'essa davvero anomala e assolutamente estranea ad ogni tradizione, parlando di «diritti edificatori comunque denominati». E' dunque bene «guardarsi dalla fallacia nominalistica per cui è bastevole che un oggetto sia nominato dal legislatore per dare ad esso giuridica esistenza. Occorre che nelle prassi discorsive ad un dato *nomen* corrisponda una nozione sufficientemente univoca al fine di consentire alle persone di agire in modo comunicativo»¹³⁸.

Ma se poi si passa alla pretesa disciplina, si vedrà che la tipicità, anche sotto questo aspetto, non esiste, nel senso che le ricorrenti eccezioni rispetto alle regole generali ed anche rispetto alla ipotetica singola disciplina, impediscono la *reductio ad unum* propria del tipo. Così è innanzi tutto per l'idea, assolutamente stravagante, se riferita ad un diritto reale, di un'unica vicenda che si sviluppa però con riferimento a due beni diversi, pur avendo come termine di riferimento il diritto

¹³³ URBANI, *Conformazione della proprietà*, cit. p.908. Così anche AMADIO, *op. cit.*, p.48.

¹³⁴ Su cui insiste AMADIO, *op. cit.*, p.47.

¹³⁵ Invoca una generica interpretazione favorevole a superare l'omissione, TRAPANI, *Normative*, cit., p.115. Un argomento favorevole si potrebbe trovare nell'art.2643 n.14 c.c., che fa riferimento ad uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti, tra cui dunque anche il numero 2 *bis* e nell'art.2652 c.c., che fa altrettanto genericamente riferimento ai diritti menzionati nell'art.2643 c.c. E' difficile immaginare che possa essere trascritta la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre e la relativa domanda, ma non il contratto preliminare. Resta però il fatto che la tipicità che vige in materia di formalità trascrittive impedisce di superare il palese vuoto normativo, mediante una generica interpretazione sistematica. Del resto anche prima della Novella del 1996-1997 erano trascrivibili domanda e sentenza, ma non il preliminare.

¹³⁶ Secondo AMADIO, *op. cit.*, p.46, «se provassimo a interrogare lo studente di Istituzioni, in merito alla natura di un diritto la cui modalità di realizzazione (cioè di attuazione dell'interesse protetto) consiste nell'edificare, cioè nello sfruttare la potenzialità edificatoria del suolo, con ogni probabilità ci sentiremmo rispondere che si tratta di un diritto assoluto». Con ogni probabilità, però, uno studente del quinto anno, che abbia studiato anche Diritto dell'urbanistica, risponderebbe che il diritto di cui alla domanda è il diritto di proprietà di un terreno edificabile e non il diritto edificatorio, che non esiste, in quanto tale.

¹³⁷ A partire dalla anomalia più qualificante, quella dell'inerenza in caso di "volo", per superare la quale, si parla di «vera rottura rispetto alla dogmatica degli strumenti traslativi», con invito peraltro non già a desistere, ma a liberarsi «per un istante dagli eccessi del dogmatismo» (AMADIO, *op. cit.*, p.52). Eccessi? O non è forse eccessivo l'apriorismo culturale, che ricorda da vicino quei giudici i quali prima scrivono il dispositivo, secondo i propri personali gusti giuridici o ideologici, e poi si arrampicano sugli specchi per motivarlo? Questo stesso A. del resto così conclude la sua indagine: «Quanto detto fin qui, se non elimina il tasso di anomalia del fenomeno, fornisce però una serie di *appigli* per ricondurlo ad una logica circolatoria meno incoerente rispetto al sistema civilistico, o, se si preferisce, a un sistema civilistico riferito alla contemporaneità» (p.55, corsivo aggiunto). Ma non sarebbe meno incoerente non affidarsi ad *appigli* per ipotizzare un fantomatico diritto reale?

¹³⁸ Così GAMBARO, *Compensazione urbanistica*, cit., p.6 proprio con riguardo ai diritti edificatori.

di superficie. Così è per la disciplina dei crediti “in volo” e ancor più per quelli privi di un terreno di decollo. Così è per il pignoramento, l’usucapione e l’ipoteca.

Per non parlare dell’inerenza “virtuale”, a tal punto fragile, che perfino chi la propugna depone le armi e si arrende, in caso di assenza di una “inerenza d’origine”, ove cioè manchi un terreno di decollo¹³⁹. Arrendevolezza, peraltro, alquanto singolare, innanzi tutto perché la virtualità, per come se ne parla, dovrebbe aver riguardo al terreno non già di decollo, ma di atterraggio, terreno che, alla fine della vicenda circolatoria, non può mai mancare e che, anche in caso di decollo da un terreno di origine, è, durante il volo, comunque indeterminato; in secondo luogo per l’argomento portato a pretesa conferma. Che nelle ipotesi in cui non esiste un terreno d’origine non sarebbe possibile ipotizzare diritti edificatori di natura reale, sarebbe infatti «dimostrato proprio dalla impossibilità di attrarle alla disciplina del nuovo n.2 *bis* del 2643: per la irrealizzabilità tecnica di una trascrizione non riferita ad un immobile»¹⁴⁰.

In tal modo, a prescindere dai necessari distinguo di cui si è detto, si finisce per confondere realtà e opponibilità e si rischia di concludere che la trascrizione sarebbe costitutiva della realtà dei diritti edificatori, senza però nel contempo individuare il necessario inquadramento per quelli che reali non dovrebbe poter essere.

Bizzarra è infine anche l’idea di un diritto di godimento bensì del tipo superficie, ma su cosa propria, magari con il rischio di sdoppiamenti di personalità del proprietario del terreno edificabile, divenuto anch’egli, schizofrenicamente, uno e bino.

Il diritto edificatorio è dunque davvero un nuovo diritto reale tipico o non sarebbe piuttosto un mostruoso irrocervo giuridico?

¹³⁹ AMADIO, *op. cit.*, p.54.

¹⁴⁰ AMADIO, *op. loc. ultt. citt.*