

# CONTRATTAZIONE IMMOBILIARE NEL MOMENTO DELLA CRISI

Congresso di studio – Rimini 14 marzo 2014

Antonio Testa

## “IL NEGOZIO DI CESSIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI OVVERO LA LEGITTIMAZIONE DELLA CESSIONE DI CUBATURA”

### PREMESSA

Come ormai è risaputo, l'articolo 5, comma 3 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 (meglio conosciuto con la definizione di “Decreto Sviluppo”, ormai “a regime” perché continuamente richiamata in ogni intervento legislativo che un tempo si definiva, con maggior realismo politico, “manovra” o “manovrina”), convertito nella legge 12 luglio 2011 n. 106, ha introdotto nell'articolo 2643 C.C. il numero 2-bis con il quale si è ammessa la trascrivibilità dei “contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori, comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”.

L'introduzione di tale possibilità offre certamente lo spunto per riflettere, in totale coerenza con la tematica rappresentata dal titolo di questo Convegno, su come la cosiddetta “*change edificatoria*”, se convenientemente sfruttata dall'imprenditore e se efficacemente tradotta in termini tecnici dal giurista, possa condurre all'individuazione di una fetta di mercato immobiliare del tutto particolare ma che può offrire discreti margini di difesa di fronte ad una crisi del tradizionale mercato “delle case” (per dirla in termini volgari) che pone non pochi problemi sia all'impresa, quanto al notaio.

Si tratta di ambiti di mercato che, è vero, si pongono forse con una funzione programmatica rispetto ad un futuro di ripresa economica, al cospetto di una crisi che attanaglia il settore edilizio e quello immobiliare in genere. Ma si tratta al contempo di una possibilità che va sfruttata con le dovute peculiarità che merita, al fine di pervenire al perfezionamento di transazioni, di non secondario interesse economico, che oggi avrebbero il pregio di tamponare, in qualche misura, la crisi imperante e, domani, a crisi risolta, potrebbero generare addirittura un ampliamento delle stesse contrattazioni, consentendo l'evoluzione di un sistema urbanistico che avrebbe smesso di sprecare le capacità volumetriche, non concretamente sfruttabili su una certa area, consentendone finalmente il legittimo trasferimento e quindi il legittimo sfruttamento su altra area, con conseguenziali evoluzioni economiche di non poco momento.

A questo punto mi preme sottolineare come il titolo coniato per l'intervento del sottoscritto sia del tutto provocatorio. Esso, tra l'altro, pone in capo al relatore responsabilità di certa consistenza, dal momento che l'assunta “collusione” che il titolo stesso palesa, tra la classica “cessione di cubatura” e la “cessione dei diritti edificatori”, potrebbe immediatamente insinuare la più che legittima critica di quanto debba considerarsi superficiale e perfino ignorante il tentativo di ammettere una confusione semantica e giuridica tra concetti invero del tutto distinti.

Allo scopo di rimediare ad un tale rischio, credo si renda necessario un improcrastinabile, preventivo, chiarimento dello scopo provocatorio insito nel titolo utilizzato.

Immagino sia a tutti noto come l'ormai studiatissimo numero 2-bis) dell'articolo 2643 C.C. abbia generato, nella sia pur brevissima tradizione esegetica inerente la Novella, due, pressoché costanti, conclusioni la cui scontatezza si tenterà di dimostrare abbastanza discutibile.

In primo luogo, da più parti si è avvertita l'esigenza di dipingere a tutti i costi il numero 2-bis) dell'articolo 2643 come foriero dell'attribuzione del diritto di cittadinanza, nel nostro Ordinamento, agli atti di trasferimento aventi per oggetto densità volumetriche.

In secondo luogo, ciò che si è altrettanto prepotentemente affermato, quale assunto del tutto dimostrato, che tali tipologie contrattuali, oggi pienamente trascrivibili ai fini di una concreta opponibilità nei confronti dei terzi, abbiano in qualche modo messo in crisi il principio del “*numerus clausus*” dei diritti reali che pur affetta il nostro Ordinamento civilistico.

E' d'uopo, però, allo scopo di evitare il rischio di voler palesare presuntuosi ed inconsistenti atteggiamenti accademici, affatto consoni al ruolo del sottoscritto relatore, premettere ancora come le riflessioni che seguono non possono che rappresentare conclusioni, certamente non ascrivibili a valutazioni di natura strettamente personale, ma alla maturazione cui hanno condotto, con riguardo alla fattispecie in oggetto, da un lato il passaggio di un discreto periodo di tempo trascorso dall'entrata in vigore della Novella e, dall'altro lato, i diversi spunti dottrinali e le sia pur sparute conclusioni di certa giurisprudenza sul tema.

Poste queste necessarie premesse di massima, vale la pena, tanto per entrare immediatamente nel tema proposto dal titolo, rammentare come la prima breccia, rispetto ad una pressoché totale ermetica chiusura del mondo del diritto ad atti dispositivi aventi ad oggetto la volumetria edificabile di un'area, è stata aperta presso talune amministrazioni locali che, con specifiche previsioni di piano, hanno consentito accordi con i quali i proprietari di due aree limitrofe pattuirono la cessione della potenzialità edificatoria inerente una di tali aree, fissata da quanto statuito dal locale PRG, a favore dell'area contigua, allo scopo di consentire che quest'ultima potesse essere utilizzata edificatoriamente per una misura maggiore rispetto a quella indicata dalle previsioni di piano; il tutto a condizione che il cosiddetto "cedente" la volumetria rinunciasse all'ammontare volumetrico ceduto, subendo, pertanto, una menomazione del proprio diritto ad edificare, pari all'aumento del diritto edificatorio goduto dal cosiddetto "cessionario".

Storicamente, sul punto, vale ricordare l'esperienza, risalente alla fine degli anni cinquanta, proposta dalle risultanze del PRG della città di Torino il quale, al suo articolo 6, aveva previsto la possibilità di pervenire a distribuzioni di volumetria, diverse da quelle indicate nel documento di piano, in dipendenza di accordi privatistici aventi ad oggetto cessioni di volumetria, dal proprietario di un'area, a vantaggio del proprietario di area viciniora ricadente nel medesimo comparto (in modo da non alterare l'indice di densità edilizia complessivamente previsto per l'intero comparto), pur ancorando tale accordo contrattuale privato ad un intervento di natura, per così dire, "adesiva", da parte del Comune che, preso atto dell'accordo intercorso tra i privati, avrebbe dovuto rilasciare al "cessionario" della volumetria un provvedimento abilitativo idoneo a consentirgli la sfruttamento della (maggiore) cubatura acquisita.

Questo apparentemente semplice schema di negoziazione, in teoria del tutto funzionale ad assecondare interessi meritevoli di tutela da parte dei proprietari di aree edificabili, ha immediatamente mostrato alcuni importanti limiti applicativi nella ricerca di un'elaborazione contrattuale pratica che consentisse la sperimentazione di un sistema negoziale idoneo allo scopo.

Apparve immediatamente chiaro come il lasso tra la ricostruzione teorica e l'applicazione pratica poneva essenzialmente in rilievo tre esigenze: a) la necessità di rendere concretamente opponibile la contrattazione privatistica nei confronti della Pubblica Amministrazione alla quale toccava comunque il potere di recepire e riconoscere, a fini pubblicistici, gli effetti dell'accordo di natura dispositiva avente ad oggetto la capacità *aedificandi* di una determinata area; b) la necessità che l'accordo raggiunto consentisse comunque l'accesso ad un regime pubblicitario idoneo a rendere gli effetti dell'atto opponibili "erga omnes"; c) la necessità di trovare uno strumento negoziale capace di coniugare gli interessi privatistici, soddisfatti dall'accordo dispositivo intercorrente tra cedente e cessionario, con gli aspetti pubblicistici collegati alla valutazione dell'effettivo rispetto, da parte del negozio di diritto privato perfezionatosi, degli interessi della collettività, costituzionalmente garantiti.

La questione si è rivelata alquanto complessa, se è vero, come è vero, che nel tempo, non v'è stata mai una scelta negoziale che abbia visto soluzioni operative univoche.

E' lapalissiano come il germe di cotante questioni trovi la propria ragion d'essere essenzialmente nella centralità che assume, nell'ambito della ricostruzione del sistema negoziale della cosiddetta "cessione di cubatura", il procedimento amministrativo che, per sua naturale importanza, nel completamento degli effetti della fattispecie, sovrasta l'aspetto privatistico, tanto che si è immediatamente riconosciuto come la dichiarazione di volontà del cd. "cedente" la cubatura, manifestata nei confronti del cd. "cessionario", non determina alcun effetto reale ma solo effetti di natura obbligatoria, almeno fino al momento in cui non si appalesi una manifestazione di consenso volontaristico positivo da parte della P.A. interessata, collegata al rilascio, a favore del cessionario della cubatura, di un provvedimento autorizzatorio edilizio per una maggiore volumetria, consentito in dipendenza del maggiorato sfruttamento edificatorio acquisito.

## I DIVERSI TENTATIVI DI UNA COERENTE RICOSTRUZIONE NEGOZIALE DEL SISTEMA DELLE CESSIONI DI DIRITTI EDIFICATORI

Facendo una breve carrellata sulle ricostruzioni operative che nel tempo sono state tentate, vale la pena rammentare come, proprio sulla scorta della considerazione da ultimo esemplificata, il negozio dispositivo di

volumetria viene, in un primo tempo, inquadrato all'interno di una **fattispecie atipica determinante esclusivamente il sorgere di meri effetti obbligatori a carico del disponente**. Sostanzialmente un primo tentativo di dare consistenza pratica alla fattispecie, si è risolto nel perfezionamento di un accordo con il quale il titolare di un'area, alla quale afferiva una certa quantità volumetrica a scopo edificatorio, si impegnava, nei riguardi della controparte privata, ad obbligarsi a non richiedere alcuno strumento abilitativo edilizio riferentesi alla volumetria (o alla parte di volumetria) oggetto di cessione, al contempo obbligandosi, altresì, a porre in essere tutte le attività di natura privatistico-amministrative, necessarie all'ottenimento, a favore del "cessionario", di un provvedimento amministrativo edilizio autorizzativo di una volumetria maggiorata.

Il limite di tale ricostruzione era dato essenzialmente dall'impossibilità di rendere conveniente pubblicità all'accordo, con effetti addirittura distorsivi rispetto alle effettive volontà che le parti avrebbero inteso perseguire. In primo luogo, mancando la realizzazione di un regime di opponibilità ai terzi dell'obbligo assunto in sede contrattuale, di tale obbligo resta impegnato esclusivamente l'originario disponente, senza alcuna possibilità di estendere l'efficacia di tali impegni a chi, successivamente, sia eventualmente divenuto, a seguito di alienazione, titolare dell'area svantaggiata dalla avvenuta cessione volumetrica, con la conseguenza che gli eventuali aventi causa, in barba al negozio concluso tra il proprio dante causa ed il terzo (cessionario della volumetria) avrebbero potuto benissimo disconoscere la "rinuncia volumetrica" compiuta, richiedendo al Comune il rilascio di un'abilitazione edilizia per l'intera originaria volumetria afferente la propria area. In secondo luogo, poi, l'impossibilità di realizzare qualunque effetto pubblicitario, rende inopponibile il vincolo assunto, anche nei confronti della P.A. che, in tal modo, non può disporre di un presupposto certo (la rinuncia conclamata alla volumetria, o a parte di essa, spettante al cedente) sulla base del quale consentire poi al cessionario la realizzazione di una costruzione volumetricamente maggiorata, rispetto alle previsioni di piano, in dipendenza dell'acquisita cubatura.

Altra "invenzione" che taluni operatori hanno introdotto nel sistema, è stata quella di valutare il negozio di trasferimento della cubatura come fattispecie rientrante nella **cessione del contratto**. In sostanza, la posizione di colui che, in quanto titolare di una certa area, ha, per effetto delle disposizioni dello strumento urbanistico, la titolarità del diritto di edificare per una certa densità volumetrica, è quella del titolare di una posizione contrattuale nei confronti della P.A. da potere della quale ha diritto di ottenere il permesso edilizio per la realizzazione volumetricamente spettantegli. A questo punto, cedere la volumetria, niente altro significherebbe, se non cedere la propria posizione contrattuale vantata nei confronti del Comune al quale il cessionario avrà diritto di richiedere contrattualmente l'abilitazione al medesimo sfruttamento edificatorio anteriormente goduto dal cedente.

Anche questa ricostruzione non può andare scevra da critiche. A parte la considerazione che, anche in questo caso, la negoziazione che avrebbe ad oggetto la cessione di un contratto, non ha speranze di accedere a nessun tipo di meccanismo pubblicitario, con gli ovvi problemi che derivano da una inopponibilità di quanto contrattualmente concluso nei confronti di chicchessia, è altresì vero che difficilmente, a prescindere dalle diverse considerazioni politiche che nel tempo si sono succedute in ordine a ciò in cui si sostanzia il diritto ad edificare, è possibile immaginare un rapporto meramente contrattuale tra il cittadino e la P.A. Nessun dubbio che il diritto di sfruttare edificatoriamente un'area non possa esattamente inquadrarsi in una mera posizione contrattuale, soggiacendo, come è, ad una serie di impegni, requisiti e presupposti, che esulano da una fattispecie di natura privatistica, andando ad incidere su questioni di rango pubblicitario che, in tale loro natura, sono sottratti alla disponibilità privata e al funzionamento tipico degli ordinari meccanismi contrattuali. In particolare, è da sottolineare come l'eventuale posizione contrattuale che possa riconoscersi ad un soggetto in quanto titolare di una certa area, nei riguardi della P.A., non è perfettamente e necessariamente riconoscibile alla stessa maniera in capo ad un eventuale terzo solo per effetto della cessione del contratto. A tacer d'altro, è sinceramente poco credibile, poi, che una cessione contrattuale di tal fatta, indipendentemente dall'inesistenza e dall'inapplicabilità di qualunque regime pubblicitario, possa essere operativamente resa opponibile ad un contraente ceduto come la P.A., né, tanto meno, può realisticamente immaginarsi una partecipazione alla cessione da parte della P.A. che venga chiamata a dare il proprio consenso alla cessione medesima, ai sensi dell'art. 1406 C.C., in mancanza della preventiva esistenza addirittura di un vero e proprio rapporto contrattuale di diritto privato del quale il Comune competente possa dirsi effettivamente "parte".

Una soluzione alquanto utilizzata nell'operatività quotidiana ed invero suscettibile, come vedremo, di avere un legale riscontro pubblicitario, è stata quella del **vincolo inaedificandi puro**, quale atto con cui il titolare del diritto di piena proprietà su un fondo, sostanzialmente rinunci, in tutto o in parte, ad una facoltà connessa all'esercizio del diritto di proprietà appunto, quale lo sfruttamento edificatorio dell'area. Tale prassi, invero incoraggiata da certa giurisprudenza di **Cassazione** (vedi per tutte: **Cass.** 29 giugno 1981 n. 4245 in **Giur.**

Italiana 1982 I, 1, pag. 685; e **Cass.** 12 settembre 1998 n. 9081), costituisce soluzione che, tuttavia, comporta un problema di fondo. L'atto unilaterale d'obbligo, ancorché perfettamente **trascrivibile** (sebbene con effetti diversi da quelli consentiti dall'articolo 2643 e richiamati dall'art. 2645 C.C. per gli atti costitutivi di servitù), non esaurisce, da solo, la vicenda, poiché sarà sempre necessario un ulteriore intervento del Comune che, con il rilascio della concessione edilizia (oggi si direbbe "permesso di costruire") per la maggiore **cubatura** consentita a favore del soggetto al quale la rinuncia profitti, chiuda il cerchio.

Lo schema utilizzato presenta un duplice limite.

Da un lato, tale schema negoziale finisce per lasciare legalmente indeterminato, almeno **fintantoché** il Comune non sia intervenuto con il proprio atto amministrativo che autorizzi il beneficiario ad uno sfruttamento edificatorio più elevato di quello consentito dalle previsioni di piano, il soggetto **avvantaggiato** dalla "rinuncia" alla **cubatura**. Tanto che alcuni sono stati addirittura indotti ad affermare che, nelle more del rilascio del provvedimento amministrativo, in applicazione **analogica** della norma generale di cui all'articolo 827 C.C., si debba concludere circa la spettanza della **cubatura rinunciata** a favore dello Stato.

Dall'altro lato, sarebbe impossibile non riconoscere, ad accordi limitativi del diritto di disporre di un bene, carattere esclusivamente obbligatorio e valenza temporalmente limitata, alla stregua di quanto sancito dall'articolo 1379 C.C., in materia di limiti alle facoltà di alienazione. Anche se, invero, tale critica è stata in certa misura relativizzata (Cass. 27 settembre 1997 n. 9508) dalla considerazione che il coinvolgimento di interessi generali sottratti alla disponibilità privata e certamente di rango pubblicistico, ben può determinare l'attribuzione ad un tale vincolo del carattere della realtà e della perpetuità.

Ma, comunque la si veda, la faccenda del vincolo inaedificandi puro non convince troppo se solo si voglia considerare come, la mancanza di un collegamento diretto tra il vincolo assunto in negativo e l'intervento da parte della P.A., limita l'atto compiuto ad un puro effetto rinunciativo, del tutto scollegato dalla contropartita per la quale l'atto di vincolo era stato posto in essere.

Piuttosto affascinante e non priva di una certa consistenza giuridica, soprattutto dopo l'introduzione nel nostro Ordinamento dei vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter C.C., è la strada dell'**imposizione del vincolo di destinazione sul fondo del soggetto cedente**, costituente un obbligo di inedificazione parziale o totale sul proprio fondo, in funzione del vantaggio da rendere ad un fondo viciniore che, avvalendosi della cubatura sostanzialmente oggetto del vincolo inaedificandi, potrà godere di uno sfruttamento edilizio maggiorato.

I limiti di una tale ricostruzione sono essenzialmente di due specie. In primo luogo, se al vincolo non possa riconoscersi ciò che è imprescindibile per la sua qualificazione alla stregua del disposto dell'articolo 2645-ter C.C., ovvero la presenza della soddisfazione di un interesse meritevole di tutela da parte della P.A., allo stesso non può neppure riconoscersi alcun accesso al regime pubblicitario, con le ovvie conseguenze più sopra viste. Ed è innegabile, sotto tale aspetto, come un vincolo che sia reso nel mero interesse privato, al fine di consentire, dietro congruo corrispettivo, una sfruttabilità maggiorata del potenziale edificatorio dell'area viciniore del terzo, difficilmente potrà valutarsi all'interno dell'alveo di quegli interessi meritevoli di tutela che sono stati presi in considerazione dal legislatore introducendo il sistema dei vincoli di destinazione legalmente trascrivibili. E' vero che la norma mostra una discreta apertura con riguardo agli interessi considerati, facendo, in particolare, anche riferimento ad interessi riferibili a persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322. Tuttavia è evidente come quegli interessi strettamente privatistici considerati dalla parte della norma da ultimo considerata, non sono mai, nell'ambito negoziale dei trasferimenti volumetrici, del tutto autonomi come quelli a cui si riferisce la meritevolezza di tutela considerata ai sensi del secondo comma dell'articolo 1322 C.C., poiché in tanto quegli interessi possono essere soddisfatti, in quanto "acconsentiti" dall'intervento amministrativo da parte del Comune. Sembra doversi concludere, pertanto, che la richiamata norma sia del tutto non applicabile alla fattispecie considerata, proprio perché tale fattispecie ha addentellati misti, privatistici e pubblicistici, gli uni dipendenti dagli altri, che non possono consentire di amalgamare gli interessi coinvolti a quelli presi in considerazione dalla norma esaminata.

Ma v'è di più. I vincoli che possono crearsi (e trasciversi) ai sensi dell'articolo 2645-ter C.C., una volta imposti, non possono ritenersi – per espressa previsione della norma - eterni, essendo legati, per come previsto dalla legge, alla vita fisica dell'individuo che del vincolo benefici o, in mancanza di ciò ed in presenza invece di un interesse generale riferibile ad una pubblica amministrazione, al massimo, alla durata di anni novanta.

Senza considerare, altresì, che la costituzione del vincolo di destinazione, pur in astratto ammissibile, ma non più trascrivibile dovendosi sostanziare in una fattispecie diversa da quella prevista dall'articolo 2645-ter C.C., resterebbe funzionalizzato unicamente all'imposizione di una limitazione incombente esclusivamente a svantaggio del fondo del cedente, restando pressoché priva di alcuna garanzia l'effettiva attribuzione del vantaggio, scaturente dal vincolo medesimo imposto al fondo del cedente, a profitto del fondo del

cessionario. Mancando, infatti, un collegamento efficacemente opponibile “erga omnes” tra la volumetria “rinunciata” per effetto del vincolo e la destinazione finale di quella volumetria, il plus volumetrico andrebbe ad incidere sull'intera “zona” o sull'intero “comparto”, potendo, in questo modo, il Comune, autonomamente decidere – in teoria - l'attribuzione e la redistribuzione di quel plus a vantaggio di fondi anche diversi da quello che avrebbe dovuto avvantaggiarsene per effetto dell'avvenuto accordo privatistico.

Un tentativo di concretizzare giuridicamente gli effetti di un accordo negoziale avente ad oggetto la disposizione di volumetria è stato coraggiosamente effettuato attraverso l'omogeneizzazione del concetto di cubatura all'interno del **diritto reale tipico di superficie**. In tal modo, come pure affermato da una giurisprudenza di legittimità piuttosto risalente (Cass. 9 marzo 1973 n. 641 in Foro Italiano 1973 I c. 2117 ed in Riv. Not. 1973 pag. 1164), la cubatura cedenda determinerebbe niente altro che una concessione *ad aedificandum*, ovvero il diritto di realizzare e mantenere una costruzione al di sopra del suolo distintamente dalla titolarità del diritto di proprietà sul suolo medesimo.

Ma anche alla luce di questa ricostruzione, che pure ha il pregio di tentare un'attrazione della cubatura all'interno di un diritto reale conosciuto, al fine di fortificarne gli effetti negoziali e quindi essenzialmente al fine di rendere possibile l'accesso ad un conveniente regime pubblicitario, le critiche appaiono insormontabili. Da un lato, è incoerente con la formulazione in termini di diritto di superficie concesso ad un terzo, il fatto che lo sfruttamento di tale diritto debba svolgersi su fondo diverso da quello dal quale è originato. L'assunta ammissibilità di una “estensione” del concetto di superficie anche ad ipotesi in cui la costruzione realizzanda possa, per effetto del costituito diritto, essere creata e mantenuta su suolo diverso da quello che il sorgere del diritto di superficie abbia determinato, confligge con il rigido concetto del *numerus clausus* accedente ai diritti reali. Dall'altro lato risulta palese come, a seguire tale tesi, l'oggetto del negozio dispositivo non sarebbe propriamente la costituzione di un diritto (quello di superficie), sibbene una sorta di facoltà ad edificare su suolo altrui e quindi in definitiva un non meglio identificato bene futuro.

Nella prassi, invero, si era resa particolarmente idonea al raggiungimento dei risultati da conseguire, sia sotto l'aspetto meramente transattivo tra cedente e cessionario della cubatura, sia sotto l'aspetto della possibile opponibilità nei confronti dei terzi, la ricostruzione della fattispecie nei termini giuridici dell'**atto costitutivo di servitù**. Sicché, in sostanza, il proprietario di un fondo (**servente**) costituisce, a carico del proprio fondo e a favore di altro fondo **limitrofo (dominante)**, una sorta di servitù negativa sulla scorta della quale si impegna a non edificare (**servitus inaedificandi**) o ad edificare non oltre un certo limite **volumetrico (servitus altius non tollendi)**. A tale atto di natura **privatistica** veniva **correlato** e collegato, sotto forma di condizione apposta all'atto stesso costitutivo di servitù (condizione risolutiva per mancato rilascio della concessione per maggior volumetria), l'intervento del Comune che, attraverso un atto di natura amministrativa (la concessione edilizia **autorizzante** la maggiore volumetria del fondo **dominante**), **attribuiva**, sotto l'aspetto urbanistico-edilizio, e quindi amministrativo, piena efficacia all'accordo privato.

La soluzione adottata ha dalla sua il vantaggio di rendere il tutto perfettamente **opponibile** nei confronti dei terzi, attraverso la trascrizione dell'atto costitutivo di servitù, ai sensi dell'art. 2643 n. 4 C.C. in quanto il ricorso all'impiego di un diritto reale, la servitù appunto, consente **l'appalesamento** ufficiale dell'accordo negoziale raggiunto. Mentre il necessario intervento comunale, diretto a consentire al proprietario del fondo **dominante** l'effettivo **sfruttamento** della maggiore volumetria disponibile in dipendenza della costituita servitù, agendo sotto forma di condizionamento dell'accordo, rendeva l'accordo stesso pienamente efficace, una volta verificatosi l'evento condizionante.

Ad onor del vero vi è stata una certa giurisprudenza che nel tempo, sulla scia di certi studi **civilistici** volti a contestare la **netta** distinzione tra diritti reali e diritti **obbligatori** e, per questa via, a consentire l'apertura del tradizionale "**numerus clausus**" dei diritti reali, ha **incoraggiato** la **valutazione della "cubatura" come diritto reale autonomo** rispetto alla "proprietà" della quale avrebbe dovuto rappresentare, invece, **unicamente** una delle facoltà. **Sicché** non sono rimasti isolati, episodi **negoziali** con cui si è arrivati alla cessione vera e propria della **cubatura** considerata come diritto reale immobiliare **atipico** (si veda a tal proposito le conclusioni di cui **Cass.** 14 dicembre 1988 n. 6807 in **Riv. Not.** 1989, pag. 412). Tuttavia la giustificata **riluttanza**, da parte di alcuni **Conservatori**, alla trascrizione di cessioni di **siffatto** diritto, ha condotto **lentamente** all'abbandono **pressoché generalizzato** di tale soluzione.

## LA PROVA DEL SUPERAMENTO DEL PRIMO ELEMENTO CRITICO

E' evidente, a questo punto, come la diversificazione delle innumerevoli esperienze negoziali fin qui riportate, ed effettivamente utilizzate, sia pure con diverso successo, per il raggiungimento del risultato di consentire atti dispositivi relativi al diritto edificatorio, dimostrano in maniera inequivocabile come, a

prescindere e ben prima dell'introduzione del numero 2-bis) dell'articolo 2643 C.C., la prassi avesse già instaurato – *de facto* – un sistema più o meno idoneo a consentire piena cittadinanza giuridica al fenomeno degli atti dispositivi del potenziale edificatorio.

E' altrettanto evidente, ad onor del vero, che l'introduzione di tale novità negoziale, non abbia mai ottenuto un esplicito riconoscimento giuridico-normativo e sia stata esclusivamente ascrivibile ad un fenomeno nato ed elaborato a livello di prassi. Ed in effetti il più serio ostacolo ad una ricostruzione della fattispecie capace di condurre ad un inquadramento sistematico del fenomeno degli atti dispositivi del potenziale edificatorio, derivi dall'inesistenza, nel nostro Paese, di un istituto generale idoneo a consentire la commerciabilità del diritto di edificare, laddove in altri ordinamenti stranieri, come ad esempio quello statunitense, l'esperienza normativa sul tema aveva ormai acquisito una tradizione consolidata attraverso il ricorso al *Transfer of Development Rights*, entrata – direi prepotentemente – a far parte delle combinazioni giuridiche accidentali alla regolamentazione dei programmi di pianificazione territoriale, anche con l'intervento negoziale del privato.

Ma nemmeno è corretto affermare, d'altro canto, che solo attraverso la Novella del 2011 l'atto dispositivo di diritti edificatori abbia ricevuto un riconoscimento istituzionale ed un sistematico inquadramento normativo. Anzi, ciò che si tenterà di dimostrare, è che proprio sotto tale aspetto, la norma posta dal numero 2-bis) dell'articolo 2643 C.C., ha una portata davvero abbastanza limitata.

In primo luogo perché essa si limita a rendere trascrivibili esclusivamente atti dispositivi di diritti edificatori, comunque denominati, ma sempre a condizione che tali tipologie negoziali trovino, a monte, una propria giustificazione, mi si passi il termine, “esistenziale”, in previsioni poste da normative statali o regionali, ovvero nella disciplina contenuta negli strumenti di pianificazione territoriale. Con la conseguenza che, a rigore, fuoriesce comunque dal supposto inquadramento normativo discendente dalla Novella (continuando, quindi, a risultare, ancora oggi, non trascrivibile), l'atto dispositivo di cubatura che intercorra tra privati e che, pur avallato dall'intervento comunale adesivo, ad esempio sulla base di apposito e specifico atto di convenzionamento tra il privato ed il Comune, non trovi a monte alcuna norma statale, regionale o recuperabile a livello di programmazione territoriale, capace di giustificare la ragion d'essere.

In secondo luogo perché la norma introdotta con il numero 2-bis) dell'articolo 2643, non ha altra funzione che quella di definire un'ulteriore ipotesi di trascrivibilità di certi negozi, senza in alcun modo occuparsi della regolamentazione di tutti quegli elementi (causa, oggetto, soggetti, forma) che valgono a tipizzare una fattispecie la quale atipica era, ed atipica è rimasta.

Si potrà concludere, allora, che il novellato testo normativo di cui all'art. 2643, numero 2-bis) altro non abbia determinato, se non la certezza che, se di un certo negozio, è consentita la pubblicità, a fortiori, non può dubitarsi della possibilità che quel negozio possa perfezionarsi ed abbia quindi diritto di cittadinanza nel nostro Ordinamento. Ma questo è il risultato indiretto cui la norma conduce e non può consentire di condividere l'affermazione secondo cui sia stata l'introduzione di quella norma ad attribuire diritto di cittadinanza giuridica ad una determinata fattispecie.

Ancor meno, poi, pare corretto concludere nel senso che, potendosi far leva sulla disciplina di trascrivibilità posta dalla novella, sia consentito, addirittura, ritrovare un dimensionamento istituzionale di un nuovo diritto, come da taluni pur asserito.

Se, infatti, l'autonomia contrattuale cui privatisticamente godono le parti, alla sola condizione della meritevolezza di tutela degli interessi dalle stesse perseguiti, consente comunque di recuperare la giustificazione giuridica e la piena legittimità di un sistema negoziale nuovo, assai arduo diventa, tuttavia, recuperare, attraverso la conclamata meritevolezza di tutela di un certo schema negoziale, l'istituzionalizzazione di un diritto, quale il “diritto edificatorio”, cui la norma novellata dell'articolo 2643 C.C., pur fa espresso riferimento letterale.

Ed è, proprio a questo punto, che nasce il secondo equivoco cui si faceva cenno all'inizio: che la disciplina recata dalla novella abbia implicitamente determinato un ampliamento della categoria dei diritti reali, finendo per aggiungere, a quelli tradizionalmente facenti parte dello storico “*numerus clausus*”, anche il “**diritto edificatorio**”.

E' evidente da dove, un equivoco di tal fatta, possa prendere giustificatamente le proprie mosse. Nel nostro Ordinamento, abituato a fare i conti con l'anacronistico principio della tassatività dei diritti reali, si crea una immediata e giustificata fatica, al cospetto di fattispecie, come quella posta dal numero 2-bis) dell'art. 2643 C.C., recanti il riferimento a “diritti”, nel riconoscere diritto di cittadinanza ad accordi negoziali intercorrenti tra privati, tesi a disporre deroghe convenzionali rispetto alle misure di cubatura afferenti le singole aree di cui essi dispongono, senza prioritariamente poter conferire, all'oggetto della convenzione, dignità di diritto. E' diventato, pertanto del tutto naturale, e direi automatico, affermare che solo una assimilazione della volumetria edificabile, quale entità patrimonialmente rilevante in via autonoma rispetto al diritto di proprietà,

al quale pure accede, ad un autonomo diritto reale, avrebbe potuto consentire di dare, da un lato, contezza di risultati negoziali certi al contratto dispositivo della cubatura, con la sicura acquisizione al cessionario di essa, di un diritto prima estraneo al proprio patrimonio e, dall'altro, effettiva concretezza nel rendere opponibile tale acquisito diritto nei confronti dei terzi.

Da qui gli innumerevoli tentativi, anche antecedenti la Novella, di quanti si sono variamente affannati nel sostenere la necessità di accogliere un ampliamento del tradizionale “*numerus clausus*” dei diritti reali. Ma a questo punto si è posta l'altrettanto giustificata criticità, da taluni ritenuta insuperabile, di poter amalgamare all'ambito dei diritti reali, anche il diritto edificatorio. Ciò ha condotto ad un risultato vieppiù deteriore e cioè alla affermata necessità di reperire, nel concetto di “volumetria”, l'evidenza di un bene, distinto da quello che rappresenta il concreto oggetto della proprietà dell'area, che è stato definito “bene immateriale di origine immobiliare” di cui possa attuarsi l'autonoma circolazione distintamente dalla circolazione del bene principale (l'area) cui essa afferisce.

## L'EQUIVOCO DI CONSIDERARE IL DIRITTO EDIFICATORIO COME DIRITTO REALE “SUI GENERIS” O BENE AUTONOMO RISPETTO ALLA PROPRIETA'

Entrambe le conclusioni appaiono non condivisibili.

Per quanto attiene la questione di un possibile allargamento delle tipologie di diritti reali, bisogna anzitutto premettere che il principio di sostenere a tutti i costi la limitatezza delle fattispecie “diritti reali”, per quanto del tutto in linea con la tradizione giuridica più genuinamente legata ai principi fondamentali dell'Ordinamento, appare certamente ormai del tutto anacronistica. Essa, infatti, non tiene conto di tutta una serie di situazioni giuridiche e negoziali innovative che hanno fatto scendere il principio del *numerus clausus* dei diritti reali ad un “*obiter dictum*” privo di concreti addentellati con il mondo della realtà. Invero, di fronte ad istanze nate dalle mutate esigenze negoziali nella prassi della società moderna, parlare ancora di un principio di tipicità inerente i diritti reali, rischia di ancorare il diritto privato moderno a criteri del tutto obsoleti e ormai superati. Episodi come quelli che hanno condotto ad una piena cittadinanza contrattuale, le cessioni di diritti di multiproprietà, ormai pienamente trascrivibili, rappresentano soltanto la punta di un iceberg rispetto ad una prassi che indica, con sempre meno incertezze, un andazzo capace di condurre, prima o poi, verso l'ampliamento dell'autonomia privata, non soltanto nei confronti dell'attività negoziale, ma addirittura nei confronti dei diritti reali, appunto.

Tuttavia la premessa appena compiuta nulla ha a che vedere coi “diritti edificatori” cui la novella pur fa riferimento testuale. Infatti, proprio con riferimento alla questione della trascrivibilità inerente i trasferimenti di volumetria non si pone nemmeno alcun bisogno di rintracciare una nuova categoria di diritti reali.

A ben vedere, l'intera disciplina preposta alla regolamentazione della pubblicità delle vicende negoziali non fa riferimento a “diritti”, determinandone la trascrivibilità, o meno. Essa fa riferimento esclusivamente ad atti, sentenze, attività giuridiche in genere, e dunque a vicende (costitutive, modificative, traslative ed estintive) che accedono ad un determinato rapporto ed è lì che la disciplina pubblicitaria definisce e smette la sua funzione propria.

Per comprendere meglio il problema è opportuno considerare come, nell'ambito di ogni rapporto, sia esso costitutivo, traslativo modificativo od estintivo, di un diritto, occorre distinguere il piano sostanziale che inerisce il contenuto del rapporto, dal piano (ben diverso!) degli effetti che quel rapporto genera. Ora, la vicenda sulla quale ha inciso la normativa posta dalla novella, non si riferisce al rapporto sostanziale e dunque all'oggetto del rapporto giuridico, ma esclusivamente all'ambito degli effetti che il rapporto abbia a determinare, dei quali la nuova norma consente la pubblicità. Con la conseguenza che è del tutto errato partire dalla norma dell'articolo 2643 C.C., per giungere alla attribuzione di una natura giuridica definitiva del “diritto edificatorio” alla quale la norma, in effetti, resta del tutto estranea.

Il punto è allora quello di doversi render conto di come la norma, nell'occuparsi di tali “diritti edificatori”, ne fa un riferimento del tutto generico ed astratto rispetto alla connotazione tecnico-giuridica di “diritto” inteso in senso sostanziale, limitandosi alla regolamentazione di un aspetto dell'esercizio di un rapporto giuridico e alle vicende relative che lo assistono sul piano, appunto, esclusivamente pubblicitario. In altri termini, la disposizione contenuta nel numero 2-bis dell'articolo 2643 C.C., come per il resto l'intera norma novellata, fa un riferimento diretto, non ad un “diritto”, sibbene ad una attività giuridico-negoziale alla quale la norma stessa si limita a conferire dignità pubblicitaria.

Ma se poi volessimo scavare ancora più a fondo, a prescindere dal problema della attuale inesistenza, a livello istituzionale, di uno statuto effettivamente introduttivo di una nuova categoria di diritti reali, il “diritto edificatorio” non può farsi rientrare tra i diritti reali e, ancor meno, tra i diritti reali immobiliari per il semplice motivo che la volumetria edificatoria fuoriesce dal campo strettamente privatistico, coinvolgendo

funzioni amministrative-pubblicistiche senza le quali essa perde l'autonoma dignità giuridica che le si vuole attribuire. Se, infatti, l'Ordinamento consente, sulla base dell'autonomia negoziale privata di cui dispongono le parti, qualunque attività giuridica che abbia per oggetto la disposizione di un diritto, ponendo, quale unica limitazione, il rispetto delle disposizioni cogenti di legge, delle norme poste a tutela dell'ordine pubblico e del buon costume (sicché, per la costituzione, la modificazione ed il trasferimento di un diritto reale, niente altro occorre, se non una manifestazione volontaristica privata resa nel rispetto delle leggi, ma senza che si renda necessario alcun altro intervento esterno all'ambito del diritto privato), al contrario, con riferimento ai "diritti edificatori", sarebbe inimmaginabile una totale scissione del "diritto edificatorio" stesso rispetto al procedimento urbanistico-edilizio nel quale quel definito "diritto" trova la propria ragion d'essere.

La conclusione, unica, cui è possibile giungere è che l'ambito degli accordi privati in cui si attuino negozi come quelli inerenti la cessione della capacità edificatoria, rappresenta solo un "segmento" di un più ampio procedimento di natura amministrativa il quale viene a perfezionarsi, nella sua completezza, solo con l'intervento finale del Comune che rilasci al cessionario della cubatura un provvedimento abilitativo edilizio per una volumetria superiore a quella originariamente allo stesso consentita, senza che, pertanto, l'accezione tecnica stessa che connota i diritti reali possa, in alcun modo, essere coinvolta nella vicenda.

A questo punto, tuttavia, gli studiosi più illuminati che si sono occupati della questione, pur giungendo alla conclusione di come i "diritti edificatori" rappresentino esclusivamente un'espressione normativa maldestra e certamente utilizzata con certo superficiale tecnicismo, si sono comunque posti il problema di diversamente poter definire ciò di cui si tratti. Ma anche qui sembrerebbe non potersi sfuggire alle sorti di un inesorabile equivoco.

Il punto dal quale dover partire è quello di identificare in termini meramente pratici cosa si intende quando si fa riferimento al concetto di "volumetria" o di "cubatura" che dir si voglia o, come più nobilmente trascritto dal legislatore, di "diritto edificatorio". Tutte queste espressioni non fanno riferimento ad altro che ad un puro rapporto matematico – ingegneristico destinato ad individuare il dimensionamento, volumetrico appunto, che la futura costruzione debba rispettare in considerazione al rapporto con la superficie piana disponibile. Questo significa che la cubatura rappresenta in concreto, non un autonomo diritto o, peggio, un autonomo bene, ma esclusivamente la potenzialità nella quale può concretamente esprimersi l'interesse legittimo, del proprietario di un fondo edificabile, all'estensione dello sfruttamento edificatorio del suolo di cui egli è titolare. Ma questo non deriva da un diritto o da un bene che a tale proprietario possa essere incrementato per effetto di un atto di natura privatistica, bensì dall'esistenza di un provvedimento amministrativo idoneo ad assegnargli una ulteriore capacità edificatoria.

E' bensì vero che la capacità edificatoria rappresenti una *utilitas* economicamente rilevante, ma tale vantaggio serve solo a qualificare giuridicamente ed economicamente il bene terreno al quale accede, e dunque a rappresentare una "*qualitas fundi*" che, però, non può consentire ed autorizzare una valutazione autonoma della volumetria, distaccata dal bene che l'ha generata, e senza il quale bene nemmeno sarebbe potuta esistere. La cubatura, in altri termini, è strettamente legata e, direi, condizionata, al bene dalla quale deriva a prescindere dal quale essa non è concepibile.

Che, poi, tale "*qualitas fundi*" possa formare oggetto di separati atti e di negozi giuridici separati, riecheggia letteralmente quanto codicisticamente disposto in materia di cose pertinenziali di fronte ad un bene principale. E' bene tuttavia porre immediatamente un freno all'esaltazione di chi, trionfalmente, afferma che la volumetria rappresenti un bene mobile accessibile alla proprietà in rapporto di pura pertinenzialità. E' di tutta evidenza, infatti, come tale rapporto di pertinenzialità non è civilisticamente immaginabile fino al momento in cui: in primo luogo, non venga ad esistere un ulteriore fondo al quale, nel rapporto dispositivo privatistico, venga successivamente ad accedere la volumetria "ceduta" e, soprattutto, in secondo luogo, non vi sia l'immediato intervento da parte della P.A. che, accettando gli effetti del rapporto di cessione meramente privatistico, emetta un provvedimento amministrativo di autorizzazione allo sfruttamento di una maggiore volumetria spettante al cessionario per effetto della cessione, in assenza del quale l'assunto "bene cubatura", come per incanto finirebbe per sparire dall'Ordinamento giuridico stesso.

## IL SUPERAMENTO DEL PROBLEMA E LE CONCLUSIONI

Se, allora, si giunge alla più corretta conclusione secondo la quale la causa degli accordi di cessione volumetrica risiede nella legge urbanistica, il rapporto convenuto tra il privato cedente la volumetria ed il privato cessionario della stessa, bisogna considerarlo esclusivamente come una "porzione" di un procedimento ben più complesso che si perfeziona solo con l'adesione ultima da parte del Comune. Tanto ciò è vero che, nel passato, come si è avuto modo di vedere, gli accordi inerenti le cessioni volumetriche sono stati trattati comunemente come convenzioni sottoposte ad una sorta di condizione risolutiva il cui evento

condizionante coincideva con la mancata adesione da parte del Comune all'accordo di cessione, manifestantesi con il diniego, nei confronti del cessionario, di un provvedimento abilitativo edilizio avente ad oggetto una capacità di sfruttamento volumetrico più alta di quella originariamente consentita. Sicché la tipologia di un contratto di cessione di volumetria poteva atteggiarsi strutturalmente come una sorta di "fattispecie a formazione **progressiva**" dove l'intervento adesivo del Comune, che avrebbe riconosciuto il plus volumetrico acquisito, rappresentava la chiusura del cerchio per il perfezionamento definitivo dell'accordo.

In altri termini, la **negoziiazione** di volumetria nasce da un accordo privato ma è giocoforza costretto ad essere inserito nell'ambito di un sistema di controllo, da parte della P.A., della pianificazione urbanistica del territorio, controllo che – come si sa – può spingersi fino alla **compressione** delle stesse risorse private. Ci si trova, cioè, come ha affermato **Mazzarelli (Mazzarelli: "Le Convenzioni Urbanistiche" Il Mulino - Bologna)**, parlando delle convenzioni urbanistiche in genere e delle "cessioni di **cubatura**" in particolare, al **cospetto** di "contratti organizzativi di beni a fini urbanistici", cioè di contratti che hanno una loro causa specifica, di natura non **privatistica**, ma **pubblicistica**, che risiede nella tutela della pianificazione del territorio per il soddisfacimento del più alto interesse della **collettività** rispetto all'interesse limitato del singolo privato.

Si comprende, allora, come nell'ambito degli accordi di cessione volumetrica non dovrebbe neppure esserci spazio per la creazione di un'**autonoma categoria di diritti (reali)**, né, tanto meno, di "beni", avendo dato luogo, l'introduzione della novella legislativa che fa capo al "Decreto Sviluppo", esclusivamente ad un'**autonoma categoria di atti**, dotati di una causa loro propria, ai quali fa oggi riscontro un sistema **pubblicitario** che, se consente una piena opponibilità *erga omnes* dei risultati conseguiti, tuttavia prende le mosse da un sistema negoziale che esula dall'ambito prettamente **civilistico**, per **addentrarsi in un ambito più squisitamente amministrativo**.

Il vero risultato cui la Novella ha condotto, allora, non va ricercato nella istituzionalizzazione di un rapporto negoziale prima da ritenersi quasi al limite della legittimità, né tanto meno, nell'introduzione di uno statuto capace di dare dignità giuridica ad una nuova tipologia di diritti reali, allargando il contenuto tipico posto dal tradizionale "*numerus clausus*".

La Novella ha fatto di più. E forse ha fatto molto di più. Essa, introducendo la trascrivibilità degli accordi di cessione dei diritti edificatori, e dunque attraverso la previsione della concreta possibilità di dare piena pubblicità a tali fattispecie negoziali, ha – apparentemente in via paradossale rispetto a quanto sin qui affermato – consentito una sorta di emancipazione del concetto di sfruttamento della cubatura dall'ambito strettamente pubblicistico, conferendo agli accordi inerenti la cessione di volumetria una valenza quasi esclusivamente privatistica, pur nell'ambito di accordi diretti alla pianificazione del territorio.

E' fuori dubbio, infatti, che la previsione della piena trascrivibilità dell'accordo di cessione volumetrica, nei termini generali con i quali è stata trattata dalla novella, sembra legittimare il perfezionamento e la possibile pubblicità dell'accordo medesimo, a prescindere da qualunque coinvolgimento della P.A., alla sola condizione che la "disponibilità" del diritto edificatorio di cui si tratti, sia previsto, epperò, da normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriale. Il che sposta soltanto l'ambito dell'intervento amministrativo, da un piano successivo rispetto all'accordo privatistico, e, come tale, di natura esecutivo-adesiva di esso, al piano di "presupposto legale" legittimante l'accordo stesso, pur in assenza di qualsiasi intervento necessario da parte del Comune, successivamente all'accordo intercorso tra i privati che abbiano disposto di diritti volumetrici.

**L'atipicità che è connessa agli accordi negoziali dispositivi del diritto ad edificare sono allora di due fattezze.**

**Per un verso essa non è determinata dalla atipicità del presunto diritto costituente oggetto del rapporto**, quanto, piuttosto, dalla "stranezza" di quello stesso oggetto che, definito testualmente dalla norma come "diritto edificatorio", in realtà altro non rappresenta che una qualità afferente un fondo edificabile: la cubatura, appunto, quale estrinsecazione del potenziale edificatorio di una certa area e quindi di una utilità economica, e non materiale, collegata allo sfruttamento del diritto di proprietà di un suolo.

Per altro verso, l'atipicità che deriva dalle transazioni volumetriche è data dalla particolare caratterizzazione di una negoziazione la quale, pur dovendo coinvolgere in linea di principio l'ambito amministrativo, è stata, dalla normativa posta dalla Novella, pressoché emancipata da un necessario intervento della P.A., sussumendo in maniera che si può dire totalizzante, nell'ambito del diritto privato, ciò che un tempo costituiva una riserva di potestà esclusiva della P.A..

Quest'ultima caratteristica, a ben vedere, è in piena coerenza con quei presupposti storici che, attraverso il tempo, hanno gradatamente condotto ad una tendenziale apertura del potere pubblico verso le esigenze private, anche in campi, come quello della programmazione urbanistica, un tempo appannaggio esclusivo di scelte operabili solo dalla P.A. In tale ambito, infatti, si è assistiti ad un radicale mutamento di indirizzo con

riguardo alle fonti normative, che ha condotto, con specifico riferimento alla materia urbanistica, da un accentramento pressoché esclusivo del potere normativo in capo allo Stato, ad una progressiva attribuzione di tale potere alle Regioni e alle autonomie locali, in piena attuazione al principio contenuto nel terzo comma del riformato articolo 117 della Costituzione secondo cui spetta alle Regioni la potestà legislativa in ogni materia che non sia espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

E, sotto questa ottica, non è affatto casuale come, da un punto di vista più squisitamente operativo, a riprova di questo decentramento di potestà in materia urbanistico-edilizia, si sia assistito ad una generalizzata sostituzione, allo strumento di programmazione territoriale tradizionale costituito dal PRG, del più moderno e dinamico strumento rappresentato dal Piano di Governo del Territorio portante un sistema nel quale non è più ravvisabile la tradizionale dicotomia “cittadino-P.A.”, in un rapporto che vede quest'ultima comunque su un piano di preordinazione rispetto alle esigenze del primo, ma consente l'attribuzione alla cittadinanza, addirittura di un potere propositivo (e non più semplicemente critico a posteriori, come accadeva per il caso delle possibili “osservazioni” che il cittadino poteva effettuare rispetto all'adottato PRG, nelle more dell'approvazione dello stesso da parte della Regione), tanto da potersi parlare di *progettazione territoriale partecipata*.

## I NUOVI STRUMENTI PROPOSTI A LIVELLO DI AUTONOMIE LOCALI: LA “PEREQUAZIONE URBANISTICA” E LA “COMPENSAZIONE URBANISTICA”

E' innegabile come la trascrivibilità degli accordi di cessione volumetrica abbia generato l'esplicita legittimazione della possibilità di operare, come si diceva prima, una provvisoria e transeunte separazione dell'indice volumetrico, quale *utilitas* afferente un fondo, rispetto al fondo stesso, facendo della volumetria un elemento che, a tutti gli effetti, è autonomamente trasferibile e negoziabile.

Questa consapevole novità normativa ha permesso l'introduzione, presso alcune amministrazioni regionali, come quella della Lombardia, di nuove fattispecie di pianificazione territoriale che vanno sotto la definizione di “perequazione urbanistica” e di “compensazione urbanistica”.

E' da premettere, invero, come già a livello nazionale, con la legge 15 dicembre 2004 n. 308 (art. 1, commi 21 e 22) il meccanismo perequativo fa il suo ingresso concettuale nell'ambito della pianificazione territoriale con la previsione secondo la quale, in presenza di un vincolo sopravvenuto rispetto alle previsioni di piano che determini l'effettiva inedificabilità di un certo lotto in considerazione della sua speciale destinazione a pubblica utilità, il proprietario di tale lotto, a condizione di cedere gratuitamente l'area interessata dal vincolo al Comune, avrà facoltà di richiedere l'esercizio di analogo diritto ad edificare su altra area facente parte dello stesso territorio comunale di sua proprietà.

Ad onta, tuttavia, di questa manifestazione concettuale di principio, ricavabile dalla norma nazionale appena citata, l'evoluzione del concetto perequativo e di altri analoghi strumenti di pianificazione programmata con l'intervento privato, come la “compensazione urbanistica” e l’“incentivazione urbanistica”, difficilmente riescono a soggiacere ad una definizione unitaria, univocamente valida per qualsiasi ambito regionale, proprio perché, le diverse ed autonome elaborazioni del principio, hanno dato luogo a risultati piuttosto diversificati. Il che ha perfino condotto alcuni a dubitare di un possibile riferimento semantico ad un concetto unitario di “perequazione urbanistica”.

Tuttavia vi è una costante, connessa ai fenomeni perequativi e compensativi, rintracciabile nel particolare posizionamento dell'intervento della P.A. il quale, se tradizionalmente, di fronte alle fattispecie delle cessioni di cubatura, si poneva in una posizione di “adesione” rispetto all'accordo privato, nel fenomeno perequativo ed in quello compensativo, esso assume una valenza non più squisitamente discrezionale (concretantesi, per intenderci, nel rilascio, o meno, di un permesso di costruire per una volumetria superiore a quella consentita), ma su un piano del tutto obbligatorio. Se, infatti, per effetto dell'avvenuta cessione a titolo gratuito di un'area vincolata al Comune, viene riconosciuta, al privato cedente l'area, quasi si trattasse di un corrispettivo, la piena disponibilità della volumetria che a quell'area era afferente, l'atto amministrativo diretto a riconoscere, al cessionario di quella volumetria, una capacità edificatoria maggiore rispetto a quella originariamente goduta, non può più essere meramente discrezionale ma vincolante, quale diretta conseguenza della avvenuta cessione gratuita dell'area (vincolata) a favore del Comune.

In linea di massima, peraltro, è abbastanza esatto affermare che la perequazione nasce dalla necessità di contemperare due distinti interessi: da un lato, l'interesse del proprietario del suolo edificabile a ricevere vantaggio dallo sfruttamento edificatorio del proprio immobile; dall'altro, l'interesse della collettività a godere di un patrimonio pubblico di strutture dedicate alle esigenze collettive.

Questi due interessi che, in linea di principio, possono non essere necessariamente confliggenti, in alcune

ipotesi, invece, non potranno attuarsi se non l'uno a discapito dell'altro. Spesso, infatti, al fine di assicurare alla collettività la realizzazione di strutture che rispondono agli interessi comuni, l'Amministrazione comunale dovrà, per un verso, procurarsi aree sulle quali effettuare gli interventi di pubblica utilità, in tal modo sottraendole allo sfruttamento edificatorio privato e, dall'altro lato, obbligare, chi può e intenda edificare, all'adempimento di oneri pecuniari necessari alla contribuzione delle spese per la realizzazione delle dotazioni pubbliche necessarie, provvedendo però a rifondere al legittimo proprietario gli indennizzi compensativi dei vincoli introdotti.

In Lombardia dove sembra essere allocata l'esperienza attualmente più evoluta in materia, l'introduzione delle nuove fattispecie perequative e compensative risale alla Legge Regionale Lombardia 11 marzo 2005 n. 12, il cui articolo 11, comma 4, aveva già previsto, ben prima dell'ammessa trascrivibilità delle transazioni relative ai diritti edificatori ad opera del n. 2-bis) dell'art. 2643 C.C., la commerciabilità dei diritti edificatori attribuiti a titolo di perequazione.

Nella disciplina lombarda i diritti edificatori suscettibili di trasferimento emergono per effetto di esplicite previsioni contenute nel PGT con le quali viene determinata l'attribuzione, a vantaggio di tutte le aree ricomprese in un medesimo **comparto** (intendendosi per "comparto" un insieme di aree individuate per caratteristiche analoghe sotto l'aspetto delle condizioni di fatto e di diritto), un medesimo indice di edificabilità, tendenzialmente inferiore al minimo consentito per la realizzazione di una edificazione, senza distinzione tra aree soggette a sfruttamento edificatorio ed aree a standards o comunque non edificabili. Ad ogni area il PGT attribuisce un indice di utilizzazione territoriale pari a 0.3, laddove l'indice minimo di edificabilità è pari ad 1. In tal modo si rende, da una parte, economicamente uguale il valore di tutti i lotti ricompresi nel comparto in quanto dotati di un medesimo indice edificatorio ma, di fatto, dall'altra parte, si attua una situazione per la quale alcuni di questi lotti, essendo destinati ad aree a standard o altrimenti inedificabili privatamente perché destinati ad opere di pubblica utilità, godono di una volumetria soltanto virtuale, perché di fatto non sfruttabile; mentre gli altri lotti, quelli effettivamente edificabili, godono di un indice volumetrico talmente basso da non rendere possibile un effettivo sfruttamento edilizio dell'area.

A questo punto, attraverso lo strumento della perequazione si consente che, a patto della cessione gratuita al Comune del lotto destinato all'intervento di pubblica utilità, il Comune attribuisca, all'ex titolare di quel lotto, la possibilità di scambiare sul mercato l'indice volumetrico (virtuale) di cui il lotto disponeva. Laddove all'acquisizione di quell'indice sarà sicuramente interessato, in un'ottica di mercato degli indici volumetrici, colui il quale è titolare di un'area, effettivamente edificabile, ma che gode, in base alle previsioni di piano, di un indice di edificabilità, talmente basso, da rendere impossibile l'intervento edificatorio.

Ciò induce a ritenere, in altri termini, che, con la previsione dello strumento perequativo, il piano urbanistico del territorio finisce per suddividere i fondi sostanzialmente in due sole macro-categorie: "**fondi-sorgenti**" e "**fondi accipienti**", a seconda che il fondo appartenga alla categoria dei fondi variamente vincolati ad interventi di pubblica utilità e che, quindi, dispongono di una volumetria soltanto virtuale ma non concretamente utilizzabile per gli scopi edificatori, quanto meno privati, oppure appartenga alla categoria dei fondi realmente edificabili privatamente ma mancanti di un indice edificatorio tale da consentire l'intervento edilizio. In tal modo, la trasformazione in senso edificatorio delle aree sfruttabili per gli interventi privati (fondi-accipienti), deve passare attraverso una necessaria acquisizione, al fondo stesso, di volumi derivanti dai fondi-sorgenti che si salderanno alla dotazione intrinseca di volumetria già di spettanza del fondo da sfruttare edificatoriamente.

La disciplina posta dalla legge regionale della Lombardia consente che il soggetto titolare di un potenziale "fondo accipiente" possa rendersi cessionario di volumetria da parte di **colui** che è titolare di "aree vincolate" per interventi di pubblica utilità e la cui volumetria afferente la propria area (vincolata) è dunque **puramente** teorica. Il tutto, a patto che il titolare della volumetria **cedenda** provveda, contestualmente, a cedere, a sua volta, gratuitamente l'area stessa al Comune che provvederà direttamente alla realizzazione, su di essa, delle opere di interesse pubblico o di pubblica utilità individuate dallo strumento urbanistico.

Si attua, in tal modo, un accordo simile alla cessione di **cubatura** tra i titolari di due aree che, tuttavia, non resta finalizzato a se stesso ma potrà funzionare, per espressa previsione normativa, solo a condizione che tale accordo venga **acclarato** dal Comune il quale, da parte sua, **consentirà** questa cessione di volumetria (anche **indipendentemente** dalla distanza tra le aree **interessate**) a patto che il proprietario dell'area alla quale **afferisce** la volumetria da cedere (l'area vincolata) abbia ceduto, a sua volta, gratuitamente e **contemporaneamente** l'area stessa al Comune.

Si tratta, come si vede, di un'operazione negoziale ed economica complessa che soddisfa interessi **molteplici**: l'interesse del privato costruttore che potrà sfruttare **edificatoriamente** la propria area, avendo raggiunto, con l'acquisizione di volumetria originariamente **mancantegli**, l'indice fondiario di edificabilità minimo; l'interesse della Pubblica **Amministrazione** che si sarà procurata la titolarità delle aree destinate ad interventi

di pubblica utilità senza **sborsare** denaro pubblico; l'interesse del privato titolare dell'area vincolata che avrà sfruttato, se non **edificatoriamente**, almeno **economicamente**, la (teorica) volumetria di cui era titolare.

In alternativa a questa vicenda, la stessa norma lombarda prevede la possibilità per il soggetto titolare di un'**area destinata ad interventi di pubblico interesse ma non disciplinate da piani e da atti di programmazione urbanistica**, la possibilità di ottenere, da parte del Comune, in cambio della cessione gratuita dell'area vincolata alla destinazione a pubblica utilità, altra area pienamente edificabile che **otterrà** a titolo di permuta; oppure, in **alternativa**, potrà ottenere - senza acquisizione del diritto di proprietà su alcuna area - l'attribuzione di un ammontare di volumetria **sfruttabile edificatoriamente** di cui potrà fare libero commercio, **magari** a favore di chi, titolare di un'area edificabile (individuata dal **PGT** o da un Piano Attuativo), non **disponga** della volumetria sufficiente al raggiungimento del limite fondiario minimo di edificabilità.

Si parla, in tale ultimo caso di **"compensazione urbanistica"** a sottolineare il ristoro che deriva per il proprietario che è impossibilitato a sfruttare edificatoriamente la propria area, non ricompresa nello strumento di piano o in altri atti di programmazione urbanistica, in quanto destinata (e quindi vincolata) per il soddisfacimento di un interesse della collettività, dalla acquisizione di un identico indice volumetrico di cui il proprio lotto godeva (e che, poi, potrà commercializzare sul mercato a favore di chi, di quella volumetria supplementare, ha bisogno) o, in alternativa, di altra area da acquisire in permuta, in cambio della cessione gratuita al Comune dell'area vincolata.

Un solo cenno, al fine di completezza **espositiva**, merita il fenomeno della **"Incentivazione urbanistica"** pur esso previsto dal quinto comma dell'art. 11 della Legge regionale Lombardia n. 12/2005, ma **pressochè** estraneo a fenomeni **negoziali** di scambio **volumetrico** che qui ci interessano.

L'**incentivazione** consiste nell'attribuzione di una sorta di **"bonus" volumetrico** (nella misura massima del 15% della volumetria ammessa per il singolo lotto) a favore del proprietario di un'area edificabile che sia **ricompresa** in zona di **riqualificazione** urbana, come tale individuata da un Piano attuativo, a fronte di rilevanti benefici pubblici aggiuntivi rispetto all'intervento che, in sé e per sé è migliorativo della situazione urbanistica generale. In pratica, il privato potrà ottenere dall'amministrazione comunale una maggiorazione del volume consentito in cambio di uno specifico vantaggio che l'intervento, con le modalità con le quali viene effettuato, determina a favore della collettività, ad esempio per l'utilizzo, nell'esecuzione dell'intervento stesso, di opere di edilizia **bioclimatica o che comunque determinano un consistente** risparmio energetico.

## IL NECESSARIO SUPERAMENTO DELLA STRUTTURA NEGOZIALE DELL'ATTO COSTITUTIVO DI SERVITU'

A questo punto è d'uopo verificare se, al cospetto di questi sistemi innovativi di programmazione territoriale, l'atto negoziale attraverso il quale essi possano perfezionarsi, possa essere rivestito di una delle due formulazioni negoziali che più successo hanno tradizionalmente conseguito nel trattamento operativo riservato al generico concetto delle cessioni di cubatura: l'atto unilaterale d'obbligo, da una parte, e l'atto costitutivo di servitù, dall'altra.

In entrambe le fattispecie i limiti più sopra richiamati con riferimento al più semplicistico negozio di cessione di cubatura risaltano, al cospetto del fenomeno perequativo e di quello compensativo, ancora con più vigore. Al di là del contestato effetto di realtà che possa collegarsi al vincolo inaedificandi su area, al di là dell'inconsistenza contrattuale che si appalesa, per natura sua stessa, dall'atto di vincolo unilaterale (tale per cui non possa derivare alcuna certezza in ordine al fondo beneficiario della volumetria rinunciata), al di là della innegabile difficoltà di riconoscere un rapporto di servitù anche su fondi assolutamente distanti in totale disapplicazione del brocardo *"praedia vicina esse debent"*, si rinvengono, nell'ambito perequativo, due peculiarità che devono condurre ad una scelta operativa diversa.

Il fenomeno perequativo prevede l'esistenza necessaria di un rapporto complesso chiamato a soggiacere a certe contemporaneità che il negozio costitutivo di servitù e, ancor meno, l'atto unilaterale d'obbligo edilizio con finalità inaedificandi, non potrà soddisfare. Sotto tale aspetto è opportuno rammentare come, nella fattispecie perequativa, intanto il disponente assume il diritto di disporre di un certo quoziente volumetrico, in quanto egli abbia effettuato gratuitamente la cessione della propria area vincolata al Comune il quale, proprio in dipendenza di quella cessione, consente l'abbuono del plus volumetrico di cui poter disporre sul mercato. D'altro canto, il soggetto che ha interesse a **procurarsi** la volumetria che gli è indispensabile alla realizzazione dell'edificato, non potrà acquisire in nessun modo tale volumetria se non da quegli che, in cambio della facoltà di commerciare la propria volumetria (ormai virtuale), abbia ceduto gratuitamente al Comune l'area a cui la volumetria disponenda **afferisce** (che è volumetria dal cedente non altrimenti **sfruttabile** in quanto afferente ad area vincolata ad interventi di interesse pubblico).

A questa prima considerazione si accompagna l'altra, soprattutto connaturata al fenomeno compensativo urbanistico, per cui la volumetria di cui il soggetto cedente l'area al Comune potrà disporre, al momento potrebbe esclusivamente rappresentare una ricchezza meramente potenziale in quanto non ancora collegata ad alcuna cessione in essere e nemmeno in itinere. In altri termini, l'individuazione del fondo che si **avvantaggia** della maggiore volumetria oggetto di disposizione, da parte del cedente l'area al Comune, può **addirittura**, al momento, anche mancare, con la conseguenza che finanche un rapporto negoziale di pura costituzione di servitù o di assunzione di un vincolo inaedificandi potrebbe essere del tutto insoddisfacente e non coerente rispetto al sistema.

La soluzione pragmaticamente prospettata presso il Comune di Milano è quella di ricostruire la vicenda negoziale attraverso il ricorso ad un negozio contrattuale, intercorrente tra il privato cedente ed il privato cessionario, che deve rivestire la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Tale contratto andrà poi trascritto ai sensi del numero 2-bis) dell'art. 2643 C.C. ed inoltre annotato nell'istituto Registro Comunale dei Diritti Edificatori nel quale tali diritti vengono definiti tecnicamente come "superficie lorda di pavimento" (SLP).

Il registro è stato istituito al fine di dare tutta una serie di informazioni, relative:

- 1) alla identificazione delle aree dalle quali si generano i diritti edificatori suscettibili di commercializzazione ("fondi sorgenti");
- 2) alle aree dove tali diritti edificatori possono trovare allocazione previa acquisizione da parte del loro titolare ("fondi accipienti");
- 3) a chi spettino e quale entità sostanziale abbiano i diritti edificatori suscettibili di potere essere trasmessi;
- 4) a chi sia l'effettivo cessionario di tali diritti (una volta perfezionato e trascritto l'atto di cessione interprivatistico) al fine che il medesimo soggetto cedente possa cedere più volte il medesimo diritto a più cessionari diversi;
- 5) all'attribuzione di un certificato (da allegare all'atto di cessione, quando esso abbia a perfezionarsi) attestante l'esistenza in capo ad un soggetto potenziale cedente di un certo diritto edificatorio che lo stesso ha in quanto abbia provveduto alla cessione dell'area vincolata al Comune;
- 6) all'attribuzione al cessionario del diritto edificatorio, una volta perfezionata l'acquisizione dello stesso, di un nuovo certificato attestante l'effettiva esistenza in relazione all'area di sua proprietà, di una capacità edificatoria realmente aumentata;
- 7) alla attestazione della definitiva utilizzazione (e quindi spegnimento) del diritto edificatorio.

Il Registro dei Diritti edificatori è pubblico e consultabile, redatto sia con modalità cartacee, che con modalità digitali ed è reso pubblico sul sito web all'uopo istituito dal Comune.

Accedendo a tale sito, pertanto, l'interessato potrà valutare quali siano i titolari di diritti edificatori suscettibili di cessione e la consistenza effettiva di ciascuno di tali diritti, nell'ottica di formare una sorta di "borsino" dei diritti stessi o, quanto meno, un interessantissimo mercato dei diritti edificatori, parallelo alle tradizionali transazioni notarili di natura immobiliare, in condizioni di totale trasparenza e di totale certezza del buon esito delle contrattazioni stesse. Attraverso il ricorso al Registro dei Diritti Edificatori saremo in condizioni di conoscere l'area costituente "fondo sorgente", l'area costituente "fondo accipiente", la quantità dei diritti generati, i successivi acquirenti di un diritto che, essendo stato ceduto dal titolare dell'area vincolata (e preventivamente ceduta al Comune), non è ancora atterrato su una specifica area accipiente.

In tutto ciò, come si vede, l'intervento della P.A., rispetto alla convenzione privatistica, non è più di necessaria adesione all'accordo raggiunto, ma si limita ad un accertamento dell'effettiva esistenza, in capo a chi richieda un provvedimento edilizio per una maggiore potenzialità volumetrica rispetto a quella originariamente afferente la propria area, attraverso la verifica di un coerente certificato dei diritti edificatori che attesti l'esistenza, in capo al cedente, di una volumetria effettivamente disponibile. Ma, una volta che tale certificato venga regolarmente esibito, non è più in essere – come prima si accennava – un potere discrezionale della P.A. nel rilascio, o meno, del provvedimento, essendo il Comune praticamente obbligato al riconoscimento della maggiore volumetria acquisita.

## L'ATTO NOTARILE DI CESSIONE DEL DIRITTO EDIFICATORIO E LA SUA PUBBLICITA'

Resta da verificare con quali modalità redazionali possa pervenirsi ad un atto notarile di trasferimento di diritti edificatori e a quali tipi di pubblicità si debba poi dare conveniente adempimento.

Quanto all'atto notarile, da esso dovrà risultare:

- a) l'indicazione degli estremi di cessione dell'area vincolata a favore del Comune (che ha generato la nascita del diritto edificatorio autonomamente commerciabile);

- b) l'indicazione degli estremi catastali dell'area costituente "fondo sorgente" e degli estremi catastali dell'area costituente "fondo accipiente" ;
- c) l'ammontare della SLP oggetto di cessione in piena coerenza con le risultanze del certificato dei diritti edificatori allegato all'atto e rilasciato al soggetto cedente;
- d) il prezzo di cessione ed il tracciamento delle modalità di pagamento dello stesso, con relativa quietanza rilasciata dal cedente, con rinuncia a qualsiasi iscrizione d'ufficio che possa sorgere dall'atto di cessione (fatta avvertenza che, tuttavia, l'eventualità di una iscrizione ipoteca legale dovrebbe afferire l'area e non il diritto edificatorio, non suscettibile di ipoteche, con la conseguenza che, se l'area è già stata ceduta al Comune, sarebbe plausibile che nell'atto di cessione gratuita dell'area al Comune trovi conveniente ubicazione l'impegno del cedente alla rinuncia all'ipoteca legale nell'ambito dell'atto di cessione del diritto edificatorio);
- e) l'attestazione dell'avvenuta acquisizione dell'area da parte del titolare del "fondo accipiente" in dipendenza dello stipulando atto ma con l'avvertenza che il diritto edificatorio acquisito potrà formare oggetto di ulteriori trasferimenti fino al momento in cui lo stesso non possa dirsi esaurito con lo sfruttamento dello stesso sull'area che risulta dall'atto quale "fondo accipiente", dietro ottenimento del provvedimento abilitativo per la maggiore volumetria acquisita;
- f) la richiesta al Responsabile del Registro dei Diritti Edificatori di emissione di un nuovo certificato relativo al diritto edificatorio acquisito per effetto dell'atto "de quo".

All'atto dovrà essere allegato:

- 1) il certificato del diritto edificatorio oggetto di cessione;
- 2) il certificato di destinazione urbanistica dell'area (già ceduta gratuitamente al Comune) dalla quale quale si è originato il diritto edificatorio oggetto di cessione;
- 3) il certificato di destinazione urbanistica dell'area alla quale il diritto edificatorio ceduto dovrebbe profittare.

Quanto all'ambito delle questioni pubblicitarie, è anzitutto ovvio come l'istituzione del Registro dei Diritti Edificatori (avvenuta con determina del Direttore del Settore Pianificazione Urbanistica Generale presso il Comune di Milano in data 18 luglio 2013) determini la necessità di un annotamento dell'atto di cessione sul Registro medesimo.

Quanto alla pubblicità immobiliare disposta ai sensi del numero 2-bis) dell'articolo 2643 C.C., presupposto dell'avvenuta cessione del diritto edificatorio, generato (in materia di perequazione urbanistica o di compensazione) dalla cessione gratuita dell'area al Comune, è l'avvenuta pubblicità dei vincoli afferenti l'area costituente "fondo sorgente", nonché della cessione della predetta area al Comune. Si dovrà pervenire ad una duplice formalità pubblicitaria. Con una prima nota si perviene, infatti, alla trascrizione, **A FAVORE DEL COMUNE** e **A CARICO DEL PRIVATO** dei vincoli afferenti l'area e della cessione gratuita dell'area al Comune. Con l'ulteriore nota, invece, si perverrà alla trascrizione **A CARICO DEL COMUNE** e **A FAVORE DEL PRIVATO**, dei diritti edificatori perequativi generati dalla fattispecie. In entrambe le note, il quadro "B", relativo agli immobili coinvolti, avrà ad oggetto l'area vincolata oggetto di cessione gratuita.

Dopodiché, la volumetria acquisita in capo al privato, potrà:

- a) essere immediatamente alienata a terzi mediante un vero e proprio atto di cessione che, in aderenza a quanto statuito dal novellato articolo 2643 C.C., ha creato, come si è detto sopra, una nuova categoria di utilità afferenti il diritto di proprietà e consistenti nel cosiddetto "diritto edificatorio", suscettibili di avere idonea pubblicità di natura dichiarativa;
- b) essere mantenuta dal titolare, in attesa di sfruttarla su altra area edificabile di propria titolarità;
- c) essere immediatamente accorpata alla volumetria di altra area, di titolarità del medesimo soggetto fruente del plus volumetrico consentito, al fine di un tempestivo sfruttamento edificatorio da parte di questi.

La vicenda ha dunque un ulteriore corollario tecnico-operativo.

Nell'ipotesi sub a) si perverrà ad un vero e proprio atto di cessione di volumetria perfettamente trascrivibile sulla scorta di quanto reso ammissibile dal numero 2-bis) del primo comma dell'articolo 2643 C.C., in virtù del cd. Decreto Sviluppo. Al regime pubblicitario sarà data attuazione mediante una singola nota di trascrizione **A CARICO DEL CEDENTE** e **A FAVORE DEL TERZO CESSIONARIO** avente ad oggetto la volumetria trasferita col relativo codice negozio (attualmente dovrebbe essere utilizzato il codice generico 100=atto tra vivi), mentre nel quadro "B", quali immobili oggetto della nota, dovrebbero essere indicati gli estremi catastali dell'area che, con la cessione al Comune, ha dato luogo al diritto edificatorio perequativo. Nel quadro "C" andranno indicati i soggetti **A FAVORE** (il cessionario del diritto edificatorio) e **CONTRO** (il soggetto cedente il diritto edificatorio), senza indicazione di diritti (non esiste infatti una classificazione codicistica del diritto edificatorio), né di quote.

Non sembra priva di qualunque rilevanza, tuttavia, l'indicazione, nel quadro "D" della nota, degli estremi

catastali dell'area, di proprietà del terzo cessionario, sulla quale si effettua la concentrazione della volumetria acquisita, dell'ammontare di tale volumetria, del numero di certificato dei diritti edificatori corrispondente alla volumetria ceduta. E ciò, soprattutto in funzione della necessità di porre un collegamento tra la volumetria acquisita e l'area sulla quale la si intende sfruttare, al fine di dare contezza al Comune di quell'incremento volumetrico capace di giustificare il rilascio di un permesso di costruire o l'adesione incontestata ad una S.C.I.A. (laddove ammessa) con la quale si è notiziato al Comune un intervento edilizio portante espressioni volumetriche superiori a quelle inizialmente consentite.

Più complesse possono sembrare, almeno sotto l'aspetto pubblicitario, le ipotesi sub b) e sub c). Nel primo caso, come è ovvio, non determinandosi attualmente alcuna mossa dei dadi sul campo, nulla dovrà essere perfezionato, né a livello contrattuale, né, tanto meno, a livello pubblicitario. Nel secondo caso il definitivo accorpamento della volumetria acquisita in conseguenza dello strumento perequativo alla volumetria di spettanza di una certa area, deve essere debitamente pubblicizzato al fine di evitare che possano continuare a circolare diritti edificatori già esauriti e quindi al fine di evitare che possano essere riutilizzati commercialmente diritti edificatori già utilizzati, nel contempo pervenendo ad una documentazione capace di dare contezza al Comune dell'intento di accorpamento della volumetria disponibile con la volumetria afferente una certa area al fine, come sopra, di consentire la giustificazione di un permesso di costruire o di una SCIA, ove ammessa, per uno sfruttamento edificatorio che sia l'espressione di un potenziale volumetrico maggiore rispetto a quello *naturalmente* consentito per quell'area.

In tale ultimo caso, come si accennava sopra, il Comune provvederà a ritirare o ad annotare di annullamento il certificato dei diritti edificatori al momento della richiesta di un provvedimento edilizio abilitativo che, tenuto conto del plus volumetrico goduto, sia funzionalizzato ad una realizzazione edilizia volumetricamente superiore a quella originariamente consentita.

Qualche problema in più potrebbe aversi con riguardo alla commerciabilità di un diritto edificatorio che sia stato attribuito al privato, non quale reliquato di un diritto di piena proprietà su un'area che, originariamente nella sua titolarità, sia stata ceduta al Comune per effetto del programma perequativo o compensativo, ma che sia stato attribuito per effetto del meccanismo di incentivazione. In tal caso chi si avvantaggia del diritto edificatorio non è colui che ha subito uno spoglio della piena proprietà di un'area, e segnatamente di quell'area alla quale la volumetria oggetto del diritto edificatorio attribuitogli afferiva originariamente. Egli è, invece, titolare di un'area sottoposta ad un programma di riqualificazione in riferimento al quale l'interventore si è impegnato ad apportare specifici benefici (ad esempio utilizzazione di un progetto edilizio bioclimatico) supplementari rispetto agli ordinari benefici derivanti dall'intervento di riqualificazione (incentivazione urbanistica). Perciò, nei casi anzidetti, il beneficiario del diritto edificatorio acquisisce la volumetria in dipendenza di una "concessione" da parte della P.A., quale premio per l'aver assunto determinati obblighi, ma indipendentemente da una avvenuta pregressa cessione della proprietà di un'area dalla quale si sarebbe dovuta originare la volumetria acquisita.

Se il diritto edificatorio viene acquisito in dipendenza di un accordo di incentivazione, occorrerà, anzitutto pervenire ad una convenzione con il Comune dalla quale si evinca:

- a) quali siano gli obblighi gravanti sul proprietario dell'area ricadente nel programma di riqualificazione (modalità dell'intervento, termini entro i quali deve essere eseguito, descrizione del tipo di intervento, obiettivi dell'intervento);
- b) quali siano gli obblighi supplementari assunti dall'interventore per assicurare quel plus di vantaggi alla collettività in dipendenza dei quali si genera la incentivazione;
- c) la descrizione dei vincoli afferenti l'area oggetto di intervento;
- d) gli elementi essenziali del diritto edificatorio attribuito (ammontare della volumetria concessa; termini entro i quali potrà sfruttarsi tale volumetria; modalità inerenti l'eventuale trasferimento a terzi; etc.).

A questo punto la perfezionata convenzione dovrà essere debitamente pubblicizzata. Dovranno predisporre due note di trascrizione. Con la prima, si attuerà la pubblicità degli elementi di cui ai superiori punti a) – b) e c), in tali campi già obbligatoriamente prevista dall'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942 n. 1150. La nota, in relazione ai soggetti, comporterà una trascrizione **A FAVORE DEL COMUNE e A CARICO DEL PRIVATO PROPRIETARIO DELL'AREA;** mentre, quanto al quadro "B" relativo agli immobili, conterrà l'indicazione dei dati catastali dell'area oggetto dell'intervento di riqualificazione.

Con la seconda nota sarà pubblicizzata la generazione del diritto edificatorio in capo al privato, suscettibile di pubblicizzazione in virtù della novella legislativa che ha introdotto al comma 1 dell'articolo 2643 C.C., il numero 2-bis portante la trascrivibilità dei contratti costituenti diritti edificatori comunque denominati. La nota, in relazione ai soggetti, comporterà una trascrizione **A FAVORE DEL PRIVATO PROPRIETARIO DELL'AREA e A CARICO DEL COMUNE;** mentre, quanto al quadro "B" relativo agli immobili, conterrà sempre l'indicazione dei dati catastali dell'area oggetto dell'intervento di riqualificazione.

