



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LE SEZIONI UNITE SULLA NATURA DEI DIRITTI EDIFICATORI: UN POSSIBILE PUNTO DI SVOLTA.

Il presente contributo ha come obiettivo la ricostruzione, in chiave critica, del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di diritti edificatori. Il carattere tipico e tassativo dei diritti reali difficilmente si compendia con l'evolvere degli strumenti di gestione e progettazione del territorio, alle volte ponendosi, con essi, in netta antitesi. Un esempio lapalissiano di quanto affermato è costituito dallo jus aedificandi, la cui natura giuridica è discussa. Da una originaria classificazione in termini pubblicistici, si è passati all'ammissione di un nuovo diritto reale a carattere atipico, sino a giungere, invero, alla negazione del carattere reale del c.d. diritto edificatorio. La suprema Corte di Cassazione ha posto, però, un punto fermo al dibattito.

di **Luca Maria Menna**

IUS/01 - DIRITTO PRIVATO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 30 Dicembre 2020



Abstract ENG

The paper has as its objective the reconstruction, in a critical key, of the doctrinal and jurisprudential debate on the subject of building rights. The typical and mandatory nature of them is difficult to summarize with the evolution of territory management tools, at times placing themselves in clear antithesis. A self-evident example of what was held by the jus aedificandi, whose juridical nature has been hardly discussed. From an original evaluation in publicistic terms, it has moved on to the admission of a real atypical right, up to, indeed, the denial of the real nature of the so called building credit. The Supreme Court put a stop to the debate.

Sommario: 1.Premessa; 2.Jus Aedificandi: tra diritti reali atipici e diritti obbligatori; 2.1.Le principali tesi negoziali a confronto; 3.Un possibile punto di svolta: Cassazione, Sezioni Unite Civili, 23902/2020; 4.Osservazioni conclusive.

1. Premessa

I diritti reali sono diritti a carattere patrimoniale distinti da immediatezza, inerenza ed absolutezza. La particolare natura e funzione che permea tale tipologia di diritti ha plasmato la disciplina in concreto applicabile, nonché i principali aspetti funzionali di essi.

Per ciò che interessa nello scritto che segue, i connotati principali su cui verterà la trattazione sono rappresentati dai due corollari del numerus clausus e della tipicità dei diritti reali.

Il principio del numerus clausus dei diritti reali concerne l'aspetto derivativo dei medesimi, ovvero "attiene alla fonte del diritto"^[1], in quanto la loro identificazione – sia in termini funzionali che contenutistici – può derivare unicamente da una fonte ordinamentale a carattere primario.

Inoltre, i diritti reali sono connotati dal principio di tipicità, in quanto, oltre che essere espressamente preveduti da una fonte di rango primario, sono ulteriormente limitati sotto il profilo contenutistico, precludendo alle parti negoziali di integrarne la disciplina legale.

Prima evidente conseguenza di ciò è la compressione dell'autonomia privata, in quanto è preclusa alle parti di un negozio la libera determinazione del contenuto contrattuale, anche se meritevole di tutela. ^[2]

In tale ottica, risulta quanto mai attuale l'analisi di istituti di recente conio come, ad esempio, la cessione di cubatura e, cioè, la capacità di edificare un fondo con determinate volumetrie, la cui classificazione giuridica è stata fortemente dibattuta in dottrina e giurisprudenza; In particolare, ci si è chiesti se, in presenza del trasferimento dal fondo “di decollo” al fondo “di atterraggio” di un diritto edificatorio, possa discutersi di un diritto reale a carattere atipico, ovvero debba discorrersi di un “semplice” diritto obbligatorio sospensivamente condizionato.

Sul punto è intervenuta una recentissima sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione dalla quale è possibile trarre dei punti fermi, nonché ipotizzare talune conclusioni.

2. Jus aedificandi: tra diritti reali atipici e diritti obbligatori

Lo jus aedificandi ha da sempre rappresentato un particolare profilo di contatto tra disciplina del diritto di proprietà e materia pubblicistica; il diritto a costruire è stato inteso come un corollario tipico del diritto di proprietà, come espressione di quel “diritto di godere e disporre in modo pieno ed esclusivo” del bene, come evidenziato dall'art. 832 c.c.

A tal riguardo, giova rammentare che già nel 1942 lo jus aedificandi era interpretato come un diritto dominicale e, pertanto, assoggettato al controllo ed autorizzazione pubblica; di fatti, l'art. 31 l. n. 1150 del 1942 prevedeva anche per le opere di costruzione ovvero di ampliamento l'ottenimento provvedimento amministrativo a carattere concessorio *latu sensu*.^[3]

Ciò posto, la necessaria soggezione del diritto di costruire ad un atto autoritativo a carattere discrezionale pone, necessariamente, un primo interrogativo circa la consistenza del diritto ed il possibile “scorporo” di esso dal diritto di proprietà.

Proprio a causa di questa natura ibrida del “diritto a costruire”, parte della dottrina ebbe ad interrogarsi circa l'opportunità di uno strumento – quale la licenza edilizia – incidente su un aspetto del diritto di proprietà considerato ad esso innato; Secondo alcuni, la valutazione secondo cui costruire è espressione del diritto di “godere e di disporre”^[4], avrebbe dovuto condurre non già ad un provvedimento a carattere concessorio, ma a carattere autorizzatorio, ovvero capace di eliminare vincoli all'esercizio di un diritto già in possesso del proprietario del bene.

Altro orientamento, supportato da eccellenti profili professionali, osservando la questione sotto un'ottica pubblicistica ritenne che per lo jus aedificandi dovesse essere previsto “un sistema che configuri la facoltà di costruire non più come connaturata al diritto di proprietà, bensì come l'effetto di una concessione pubblica da accompagnare con l'imposizione di un tributo”¹⁵¹; evidentemente, una siffatta impostazione non poteva che condurre alla considerazione che lo jus aedificandi fosse una facoltà esterna al diritto di proprietà, poiché concedibile e non connaturata.

Tale impostazione dottrinarina influenzò il legislatore del 1977, il quale ai sensi dell'art. 4 l. 10 del 1977 riformando la precedente disciplina implementò uno strumento a carattere concessorio del diritto a costruire; pertanto, lo jus aedificandi – secondo tale intervento normativo – non era un diritto connaturato del proprietario, bensì una mera aspettativa la cui concretizzazione doveva avvenire attraverso una concessione da parte dei pubblici poteri.

Tutto quanto affermato va, però, parametrato in relazione a fenomeni di recente creazione, caratterizzati non già dalla mera previsione di strumenti pubblicistici di gestione del territorio ma, più in particolare, dalla commistione di tali strumenti – piani regolatori generali contenenti strumenti perequativi – con atti negoziali dal profilo squisitamente civilistico.

Generalmente la Pubblica Amministrazione nell'esercizio del proprio potere di gestione e regolazione del territorio agisce individua, attraverso lo strumento del piano regolatore, zone omogenee – caratterizzate, quindi, da edificabilità o meno – alle quali attribuisce un determinato coefficiente di edificabilità; è evidente, però, che un siffatto strumento di pianificazione rende determinate zone edificabili, mentre altre assolutamente non edificabili pur sussistendo tra le medesime profili di comunicazione geografica e territoriale.

Allo scopo di ridurre gli effetti “discriminatori” del piano regolatore e delle tecniche della zonizzazione, talune pubbliche amministrazioni hanno dato abbrivo all'utilizzo di strumenti maggiormente rispondenti ad un'ottica funzionalizzante della proprietà, addivenendo all'utilizzo dello strumento della perequazione urbanistica; l'effetto primario di tale istituto è riassumibile “nell'esigenza di ovviare alle criticità proprie della zonizzazione, in specie delle forti sperequazioni che la tecnica dello zoning determina tra le diverse classi di proprietari terrieri”¹⁶¹.

La perequazione costituisce uno strumento particolarmente efficiente di gestione del territorio attraverso il quale, al posto di individuare singole zone edificabili e non edificabili, la Pubblica Amministrazione attribuisce ad un intero comparto un coefficiente

di edificabilità omogeneo, però inferiore rispetto al coefficiente minimo di edificabilità. Pertanto, per poter realizzare il proprio jus aedificandi il proprietario terriero è tenuto: a) a cedere la propria quota di edificabilità. b) acquisire quote da altri soggetti.

Per ciò che interessa alla presente trattazione, i principali dubbi interpretativi ricadono proprio sulla natura giuridica del negozio di attribuzione di “cubatura”, in quanto se da un lato sono evidenti i profili di realtà che colorano il contratto di cessione di cubatura, è al pari evidente il contatto sia con la matrice pubblicistica dello jus aedificandi, che la natura obbligatoria del negozio medesimo.

2.1. Le principali tesi negoziali a confronto.

Sorvolando la summa divisio tra orientamenti a carattere negoziale e pubblicistico, ormai superata, la trattazione verterà sulle principali figure di orientamenti a carattere negoziale.

Secondo un primo orientamento, il contratto di cessione di cubatura avrebbe ad oggetto un diritto reale di superficie, in quanto la cubatura – intesa come capacità volumetrica del terreno – sarebbe scorporata dal diritto di proprietà cui appartiene e, pertanto, ne manterrebbe il carattere reale; una siffatta impostazione, invero, contrasterebbe con la stessa norma istitutiva del diritto di superficie – l’art. 952 c.c.- la quale individua il diritto reale in commento come il “diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà”.

Altro orientamento, sposato da parte della giurisprudenza di legittimità più risalente^[7], ha ricostruito il negozio come istitutivo di una servitù negativa di non edificare, altius non tollendi; il negozio di cessione di cubatura, pertanto, “presenterebbe i caratteri di cui all’art. 1027 c.c. e cioè la vicinitas tra fondi appartenenti a proprietari diversi”^[8], siffatta impostazione, però, manifesta il passare inesorabile del tempo e la mancata considerazione che spesso, se non sempre, il contratto di cessione di cubatura incide non su fondi attigui, pertanto non può discorrersi del carattere proprio delle servitù, ovvero la vicinitas.

Si è detto in premessa che il negozio presenta un fondo di decollo e un fondo di atterraggio, pertanto è ben possibile che il primo ed il secondo siano non poco distanti, non soltanto in termini territoriali, ma anche, e spesso soprattutto, in termini temporali; la cubatura può essere “scorporata” dalla proprietà fondiaria ab initio e giungere “a destinazione” in un momento assai lontano nel tempo, restando, quindi, “in volo”.

Inoltre “l’interesse del preteso titolare della servitù attiva non è tanto quello di costituire

una servitù di non edificare a carico del concedente, quanto piuttosto quello di acquisire il diritto di costruire **egli stesso** per una cubatura superiore¹⁹¹; invero, tentando di anticipare le conclusioni, siffatta impostazione – intesa come autorevole dottrina ne ripercorre i tratti essenziali – indica come la cubatura rappresenti un credito edilizio, spendibile a distanza di tempo e luogo, pertanto potrebbe affermarsi che, allo stato, apparentemente, esso rappresenti un contratto ad effetti obbligatori avente ad oggetto un diritto di credito sospensivamente condizionato.

Ulteriore angolo prospettico è rappresentato da quella teorica incentrata sulla creazione di un nuovo diritto reale; siffatto orientamento, peraltro avallato da parte della giurisprudenza di legittimità¹⁰¹, osserva il contratto di cessione di cubatura analizzando le caratteristiche essenziali del medesimo, ovvero la necessaria forma scritta ad substantiam di cui all'art. 1350 c.c., nonché la trascrivibilità ex art. 2643-bis co. 2-bis, a mente del quale debbono essere trascritti “i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”.

La novella normativa ha, senza dubbio, destato talune perplessità in relazione a coloro i quali ritenevano superata la teorica del nuovo diritto reale, per osservare il contratto di cessione di cubatura nell'ottica del contratto ad effetti obbligatori; a tal riguardo, però, non è “prova regina” la caratteristica della trascrivibilità, in quanto, ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., sono soggetti a trascrizione anche i contratti preliminari, pacificamente a carattere obbligatorio.

Obiezione essenzialmente è costituita dalla considerazione che, ove si consideri scorponabile dal diritto di proprietà la cubatura, essenzialmente si attribuirebbe al proprietario il potere di creare un nuovo diritto reale, che, pertanto, sarebbe atipico. Come detto in premessa, la tipicità ed il numerus clausus sono corollari essenziali dei diritti reali, essenzialmente per attribuire certezza ai traffici giuridici, soprattutto analizzando la portata estremamente limitativa di siffatti diritti; attribuire all'autonomia privata la facoltà di creare diritti reali atipici renderebbe i traffici giuridici estremamente variabili ed incerti.

Tutto quanto affermato porta ad un'ultima impostazione che configura il contratto di cessione di cubatura in termini di “negozi ad efficacia reale, ricostru^[endo] l'istituto in termini di contratto avente ad oggetto la chance edificatoria che discende dall'interesse legittimo pretensivo di cui il cedente è titolare nel contesto del procedimento amministrativo¹¹¹; siffatta impostazione determina la riviviscenza della summa divisio tra orientamenti negoziali ed amministrativi, in quanto – facendo leva sulla terminologia codicistica di cui all'art. 1376 c.c. – ritiene di far rientrare la cubatura, ovvero lo jus aedificandi, nel “trasferimento di altro diritto¹²¹ in quanto, essendo l'interesse legittimo

una posizione soggettiva attiva è ben possibile che essa possa agevolmente circolare.

D'altronde “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”¹¹³ non già, quindi, la consistenza del diritto medesimo; non variando, quindi, il contenuto, ma il modo in cui esso può essere fatto valere, non vi sono obiezioni valide circa la non circolabilità degli stessi.

3. Un possibile punto di svolta: Cassazione, Sezioni Unite Civili, 23902/2020.

Le coordinate ermeneutiche sin qui tracciate sono state oggetto di attenta valutazione da parte della Suprema Corte di Cassazione, la quale, seppur in materia tributaria, ha escluso che la cubatura – oggetto del relativo contratto – possa rientrare nella definizione di diritto reale, sia come servitù di non edificare, che come diritto di superficie, nonché come diritto reale a carattere atipico.

Ripercorrendo brevemente il fatto generatore, la Commissione Tributaria Regionale aveva affermato l'imponibilità ai fini ICI di una proprietà originariamente edificabile, poi assoggettata ad un progetto di compensazione edilizia.

La questione verteva sul differente regime tributario applicabile ad un fondo nell'alternativa ipotesi in cui esso fosse da definirsi edificabile o meno.

Essendo l'ICI un tributo a carattere reale è necessario che il fondo oggetto di detto tributo sia edificabile, pertanto l'individuazione del “diritto edificatorio” in termini di diritto obbligatorio, ovvero reale, non può che incidere anche sul regime tributario ed esso applicabile; ciò non potrebbe essere altrimenti ove si consideri che “il credito edificatorio compensativo farà eventualmente nascere, come una sorta di indennizzo o corrispettivo aggiuntivo, una capacità edificatoria (in altra sede) solo in forza della conclusione del procedimento compensatorio”¹¹⁴, pertanto il terreno sottoposto a compensazione o perequazione, ove già scorporato dello jus aedificandi non potrebbe essere considerato edificabile, neppure ai soli fini tributari.

Se è vero, dunque, che l'elemento caratterizzante dei diritti edificatori è rappresentato dalla loro scorporabilità dal fondo che li ha generali, è logica conseguenza che essi possano liberamente circolare e, per effetto, “atterrare” su altri fondi.

Orbene, posta l'assenza di limiti logici e normativi alla circolabilità dei diritti edificatori, non può disconoscersi l'effetto chiarificatore della Sentenza in commento; afferma la medesima: “evidente è la distanza dei diritti in esame dai diritti reali “tipici” che più potrebbero ad essi teoricamente avvicinarsi, quali le servitù e la superficie”.

Il diritto edificatorio non può essere assoggettato al regime delle servitù negative, in quanto manchevole del requisito di dominanza-asservimento tra fondi, proprio di tutte le servitù; ciò è evidente in quanto in ambito circolatorio dei diritti edificatori, sovente ci si riferisce in termini di “decollo, volo ed atterraggio”, ovvero è ben possibile che un credito edificatorio possa transitare da un fondo ad un altro, rendendo superfluo ogni riferimento al requisito della vicinitas.

Al pari, afferma la stessa Corte di Cassazione, che “difetta l'elemento essenziale dell'esercizio del diritto reale su cosa altrui mediante il superamento del vincolo dell'accessione”, in quanto, al pari di quanto precedentemente osservato, non trattasi di esercitare un diritto reale su cosa altrui, ma di acquisire la facoltà di costruire su un proprio fondo con una volumetria aumentata rispetto a quella originariamente posseduta.

Ciò che, invero, rappresenta il principale limite ad una configurazione in termini di realtà del credito edificatorio è, in realtà, la sua “perfetta ed autonoma ambulatorietà”¹⁵¹, non soltanto in termini negoziali, ma anche, e forse soprattutto, in termini spaziali.

Non è, quindi, più negabile che la stessa funzione del negozio di cessione di cubatura determini l'impossibilità di configurare esso come avente ad oggetto un diritto colorato dai requisiti della realtà.

Parte della dottrina ha ritenuto di far riferimento all'istituto di creazione giurisprudenziale delle obbligazioni propter rem, le quali, però, denotando sia profili di carattere obbligatorio, che di carattere reale, da questi ultimi acquisiscono il presupposto della tipicità.

Inoltre, quanto affermato in precedenza in relazione alla trascrivibilità dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti edificatori non può deporre a favore della loro natura reale; è rilievo fondamentale che la trascrizione non è più riservata unicamente ai negozi di trasferimento di diritti reali o ad effetto reale, ma è connotata dalla trascrivibilità anche di negozi a carattere obbligatorio, tra cui il contratto preliminare e il contratto di locazione ultranovennale.

4. Osservazioni conclusive.

In conclusione, quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione pone a raffronto una valutazione dicotomica del contratto avente ad oggetto la cessione di cubatura; pur non definendo il medesimo in termini di contratto ad effetto obbligatorio, la Corte ha escluso categoricamente la configurabilità della cubatura in termini di diritto reale.

Le osservazioni poste in premessa, nonché nello sviluppo del ragionamento elaborato, sono state calate dai Supremi Giudici come fondamento della teorica tesa alla valorizzazione il principio di tipicità dei diritti reali, nonché del *numerus clausus* dei medesimi.

Dalle osservazioni effettuate, risulta evidente che la certezza dei traffici giuridici, nonché la tutela del terzo da possibili compromissioni del proprio diritto di proprietà, non possono essere superate da interpretazioni tese ad ammettere, nell'ordinamento, forme atipiche di diritti reali; al pari, la possibilità assegnata all'autonomia privata di incidere contenutisticamente sulla disciplina dei diritti reali, non può essere considerata come una valvola di sfogo del sistema capace di snaturare i singoli diritti – ne è esempio l'esclusione della configurabilità del contratto di cessione di cubatura in termini di diritto di superficie, ovvero di servitù negativa di non edificare.

Come ultimo approdo del presente contributo, è necessario ipotizzare un possibile sviluppo, in termini dottrinari, del contratto di cessione di cubatura. Si è detto che, escludendo il medesimo dal novero dei contratti ad effetti reali – e parimenti la natura reale del diritto con essi trasferito – non può che propendersi verso la natura obbligatoria del medesimo contratto.

In definitiva, essendo la cubatura – intesa come capacità di edificare un fondo con determinate volumetrie – una mera aspettativa di diritto, in quanto soggetta al provvedimento discrezionale di autorizzazione, può affermarsi che il negozio di cessione di cubatura abbia ad oggetto una aspettativa di diritto, un interesse legittimo caratterizzato dalla possibilità di costruire, non già dal diritto soggettivo ad esso corrispondente.

In ultima istanza, può affermarsi, pur essendo consapevoli dell'assenza di giurisprudenza monolitica sul punto, che il contratto avente ad oggetto la cubatura sia, in realtà, un contratto ad effetti obbligatori, sospensivamente condizionato all'esercizio favorevole del potere pubblico; il cedente, sarebbe in definitiva gravato dall'obbligo – nei riguardi del cessionario – di far ottenere il permesso di costruire con volumetria aumentata.

Ancor più in particolare, ove si discorra di perequazione compensativa, la volumetria

aggiuntiva altro non è che un indennizzo “in natura”, da spendere su un fondo differente rispetto a quello di decollo, individuabile attraverso – ancora una volta – un provvedimento amministrativo a carattere puramente discrezionale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] G. CHINE', M. FRATINI, A. ZOPPINI, Manuale di Diritto Civile IX Edizione, Nel Diritto Editore, 2017/2018, Cit. p. 601.

[2] Art. 1322 c.c.: “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge”.

[3] Art. 31 l. 1150 del 1942: “Chiunque intenda eseguire nuove costruzioni edilizie ovvero ampliare quelle esistenti o modificare la struttura o l’aspetto nei centri abitati ed ove esista il piano regolatore comunale, anche dentro le zone di espansione di cui al n. 2 dell’art. 7, **deve chiedere apposita licenza al podestà del Comune**”.

[4] Art. 832 c.c.

[5] A.M. SANDULLI, Intervista, in Riv. Giur. Ed. II, 1968, cit. p. 245.

[6] R. GAROFOLI, G. FERRARI, Manuale di diritto amministrativo, Nel diritto Editore, 2017/2018, cit. p. 1213.

[7] Cass. Civ. 1973 n. 2743.

[8] M. SANTISE, Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile, Giappichelli Editore, 2018, cit. p. 394.

[9] F. GAZZONI, La trascrizione immobiliare, artt. 2643-2645-bis, in Il Codice civile. Commentario, diretto da P. SHELISINGHER, Milano, 1988.

[10] Cass. Civ. 2007 n. 10979: “Non è evidentemente ricavabile una definizione certa in ordine alla natura giuridica del diritto di cubatura, se non quella che si tratta di una facoltà inerente al diritto di proprietà, come tale avente sicure caratteristiche di realtà”.

[11] M. SANTISE, Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile, Giappichelli Editore, 2018, cit. p. 398

[12] Art. 1372 c.c.

[13] F. GAZZONI, Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione, cit. p. 101.

[14] Cassazione, Sezioni Unite Civili, 2020 n. 23902, considerando 3.

[15] Cassazione, Sezioni Unite Civili, 2020 n. 23902.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6222>