

DIRITTI EDIFICATORI E AUTONOMIA NEGOZIALE

Di Serena Meucci

SOMMARIO: 1. *La rilevanza dell'autonomia negoziale* - 2. *Autonomia negoziale e natura giuridica dei diritti edificatori* – 3. *Autonomia negoziale e atti dispositivi di diritti edificatori.*

1. La rilevanza dell'autonomia negoziale.

La novella in tema di trascrizione dei diritti edificatori è espressione del percorso svolto dalla prassi e dalla legislazione locale nel senso della progressiva estensione dell'autonomia privata in un settore tradizionalmente di limitata apertura quale il governo del territorio. Nella prassi negoziale più recente si sono diffusi meccanismi negoziali di "micropianificazione ad iniziativa privata"¹ oltre ad accordi rivolti alla urbanizzazione delle aree di espansione o riqualificazione urbana, verso un rafforzamento dell'autonomia negoziale sotto il controllo della pubblica amministrazione legittimante.

La rilevanza dell'autonomia privata in questo ambito si declina in una pluralità di prospettive. Dalla negozialità come strumento della dialettica tra privato e Pubblica Amministrazione al contratto come strumento di creazione del bene, fino ai negozi dispositivi dei diritti edificatori. Con una premessa di fondo. Il tema si caratterizza per molteplici livelli di complessità giacché coinvolge, oltre alla potestà legislativa concorrente in materia di governo del territorio (art. 117, comma 2, lettera m), Cost.), anche quella esclusiva statale riguardante l'ordinamento civile (art. 117, comma 2, lettera l), Cost.) e la concorrenza.

¹ In termini di "micropianificazione a iniziativa privata" si è espresso A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in Trattato Rescigno, Torino, 1982, vol. 7, p. 527.

I diritti edificatori "comunque denominati" trovano oggi espressa legittimazione nell'art. 2643, comma 2, num. 2 *bis* c.c., il quale rinvia a un elenco aperto di fonti: normative statali, regionali, ovvero strumenti di pianificazione territoriale. Nel ricorrere a una pluralità di fonti il legislatore da un lato ne conferma la riconduzione al settore del governo del territorio caratterizzato da competenza concorrente, dall'altro accredita la complessità come sopra espressa². La novella si muove nel solco caratterizzato dall'intervento legislativo sul profilo dell'opponibilità quale strumento di risoluzione di conflitti fra titoli incompatibili. Ne sono esempi, da ultimo, l'art. 2645 *ter* c.c. in tema di trascrizione degli atti di destinazione e l'art. 2645 *quater* c.c. in forza del quale sono trascrivibili i contratti e gli "altri atti di diritto privato, anche unilaterali" con i quali vengono costituiti a favore dello Stato, della regione, degli altri enti pubblici territoriali ovvero di

² Così facendo la novella oltre a fornire regole giuridiche di circolazione (prima assenti) pone fine al dibattito che ha animato la dottrina giuspubblicistica in ordine alla necessità di un fondamento giuridico positivo delle tecniche di perequazione urbanistica. Al riguardo, v. A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 429; P. URBANI, *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008; P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, cit., 169; M.A. QUAGLIA, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino; E. MICELLI, *Perequazione urbanistica*, Venezia, 2004; S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005; G. MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, www.giustamm.it, 2009.



enti svolgenti un servizio di interesse pubblico, vincoli anche di uso pubblico.

86 Quanto al primo profilo di rilevanza dell'autonomia contrattuale, la genesi stessa dei diritti edificatori può ravvisarsi nell'esigenza emersa a livello di prassi e della legislazione locale di governo del territorio di: 1) dare vita a strumenti negoziali non costretti nei limiti - propri della cessione di cubatura - rappresentati dalla sussistenza e individuazione del fondo "cessionario" della volumetria (si direbbe oggi "fondo di atterraggio"); 2) conseguentemente, utilizzare tali strumenti ben più duttili e idonei a circolare liberamente per realizzare funzioni pubbliche diversificate (perequazione, compensazione o premialità urbanistica). In questo senso si è recentemente espressa anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato³, che nel fare salve alcune previsioni di tipo perequativo del Piano regolatore romano ha riformato la sentenza di primo grado⁴ argomentando alla luce di due "pilastri fondamentali": la potestà conformativa del territorio propria dell'Amministrazione nell'esercizio della propria attività di pianificazione e la *possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse*.⁵

La perequazione e la compensazione urbanistica si fondano infatti sul modello del *consenso* tra privato e Pubblica Amministrazione: indice coerente con il passaggio da un sistema basato sull'unilateralità del comando ad uno incentrato sulla compartecipazione alle scelte e

³ Cons. Stato 8 giugno 2010, n. 4545 in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 9, 964 che ha peraltro richiamato la propria precedente sentenza 4833/2006, con la quale aveva censurato la riserva pubblica di una quota di superficie in quanto, incidendo sulla totalità della capacità edificatoria dei suoli, realizzava una forma di esproprio.

⁴ In primo grado, il TAR Lazio (sez. II/bis, 4 febbraio 2010, n. 1524, in *Urbanistica e territorio*, con nota di M. Ferrante, *I meccanismi di perequazione urbanistica e finanziaria introdotti nel nuovo PRG del Comune di Roma contrastano con il principio di legalità*) osservava, tra l'altro, come attribuire - nel ripartire le capacità edificatorie fra privati e Comune - una quota maggioritaria all'ente sotto forma di cessione di aree o di contributo straordinario equivalga a sancirne il carattere sostanzialmente non negoziato, in contrasto con il principio di legalità. Ad avviso del TAR le norme pianificatorie interessate determinano una incidenza *ex ante* sui contenuti della proprietà che, per l'effetto, vincola e conforma ogni eventuale e successivo accordo, circostanza tale da escludere il carattere consensuale - e dunque la legittimità - della maggiore onerosità dei vincoli assunti dal privato.

⁵ Il Consiglio di Stato recupera e giustifica la legittimità del piano riconducendo le disposizioni impugnate nella dimensione negoziale, recuperata nel momento (successivo) della adesione da parte del privato. Sicché la riserva di diritti edificatori in mano alla proprietà pubblica non determina alcuna forma di espropriazione larvata o di ablazione in violazione della riserva di legge.

sull'attribuzione di un indice territoriale convenzionale, non legato alla destinazione impressa al suolo ma allo stato di fatto e di diritto dello stesso⁶. La perequazione urbanistica, presentandosi come alternativa all'apposizione del vincolo funzionale all'espropriazione, richiede l'adesione dei singoli proprietari alle scelte di assetto territoriale operate dal Comune. L'elemento consensuale si colloca così nel momento conformativo ed il piano si realizza solo in presenza del consenso⁷. Nella compensazione, l'elemento consensuale si innesta in un momento successivo rispetto a quello genetico della conformazione urbanistica. Presupposto di tale strumento è la prescrizione autoritativa di apposizione del vincolo. Ad essa segue l'accordo con il privato volto a comporre e risolvere gli effetti negativi delle previsioni urbanistiche sfavorevoli.

In questo rinnovato scenario, il ruolo del privato nell'adozione di decisioni urbanistiche partecipate trova preciso inquadramento secondo il principio di sussidiarietà orizzontale previsto all'art. 118, comma 4, Cost.

Delineato in termini di modello consensuale il quadro nel quale collocare la novella⁸, muovendo

⁶ La riflessione intorno all'origine negoziata delle decisioni amministrative si deve a M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in M. Costantino, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978, 33 ss., spec. p. 45: "Solo il giurista, attraverso i suoi 'occhiali' deformanti (occhiali che sono il prodotto di una ben precisa ideologia e di un noto metodo) riesce a vedere l'esercizio del potere pubblico come attività non dipendente da influenze esterne e, soprattutto, non 'negoziabile'. Se c'è qualcosa che, per natura sua, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è invece proprio il potere". Altre voci si sono levate in senso critico nei confronti della possibilità di una effettiva consensualizzazione dell'azione amministrativa F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'Amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, II, 1273 ss. (I parte) e 1561 ss. (II parte).

⁷ Così S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, *Riv. giur. edilizia* 2011, 05, p. 199.

⁸ Il *favor* dell'azione amministrativa per gli strumenti consensuali - codificato dalla legge n. 241/90 - si atteggia in modo particolare nel settore dell'urbanistica: si è parlato (P. PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche "necessarie"* dei soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1999, I, p. 119) di "*consensualità come necessità*", piuttosto che "come valore" dal momento che, stante il concreto atteggiarsi degli interessi pubblico e privato, solo la soddisfazione del secondo consente di garantire la realizzazione del primo. Non si tratta di un modello, quello della consensualità, che l'ordinamento riconosce e propone alle pubbliche Amministrazioni quale modulo preferenziale di azione rispetto ai consueti mezzi autoritativi bensì di uno strumento "necessario" al fine del raggiungimento di uno specifico risultato amministrativo.

Per ulteriori approfondimenti, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano,



verso il cuore dell'istituto ci è dato ravvisare come l'autonomia negoziale trovi una importante declinazione quale strumento creativo del bene - diritto edificatorio. Il tema richiede una presa di posizione sulla natura giuridica dell'istituto.

2. Autonomia negoziale e natura giuridica dei diritti edificatori

Il *proprium* dei diritti edificatori, che ne compendia le specificità giuridiche, è la scissione del diritto edificatorio stesso dalla titolarità del suolo e l'idoneità a circolare in modo autonomo. Il "salto di qualità" generato dalla espressa previsione della circolazione dei diritti edificatori rispetto al trasferimento di volumetria si innesta proprio nella mancanza di inerenza di detti diritti alla proprietà dell'area e nella loro capacità circolatoria svincolata dal fondo e dalla sua concreta edificabilità⁹. Anche ad aree non concretamente edificabili (aree, quindi, non destinate a ricevere diritti edificatori) possono essere attribuiti tali diritti, legittimamente trasferibili. Chiara è la discontinuità rispetto alla c.d. cessione di cubatura¹⁰, la quale presuppone che

1986; S. CIVITARESE MATTEUCCI, Contributo allo studio del principio contrattuale dell'attività amministrativa, Milano, 1997, 143; A. M. Benedetti, I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune, Torino, 1999; F. G. SCOCA, Attività amministrativa (voce), in Enc. dir., Agg., VI, Milano, 2002, 75 ss.; F. MERUSI, Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in Dir. amm., 2004, 649; Id., Sentieri interrotti della legalità, Bologna, 2007, 31.

⁹ Il diritto edificatorio circola in modo scisso e separato dal fondo e può essere acquistato da un soggetto non proprietario di alcuna area di atterraggio. Proprio la mancanza di inerenza rappresenta un vulnus difficilmente superabile nella riflessione di quella dottrina che ricostruisce i diritti edificatori in termini di diritto reale (così G. Amadio, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, in Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2011, p. 42 ss.): non si spiega infatti in modo esaustivo il problema sollevato dal diritto c.d. in volo e la contraddizione che discende dalla qualificazione di realtà e dalla mancanza attuale della res. L'inerenza rappresenta infatti un requisito strutturale e caratterizzante la posizione soggettiva dotata di realtà, e non un elemento della sequenza circolatoria.

¹⁰ Dottrina e giurisprudenza hanno a lungo discusso in ordine 'natura giuridica' della cessione di cubatura, prassi che trova origine nella introduzione ad opera della c.d. legge ponte (l. n. 765 del 1967) dell'art. 41-quinquies nella legge urbanistica del 1942, con posizioni differenziate. Da alcuno si è sottolineato il profilo obbligatorio della convenzione, da altri quello reale, e così pure, talvolta si è enfatizzato il ruolo assorbente e costitutivo dell'intervento pubblicistico ai fini del rilascio del titolo abilitativo edilizio, talaltra si è qualificato siffatto ruolo come uno degli elementi, benché essenziale, di un'unica fattispecie a formazione progressiva.

AL riguardo, e ex multis. G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, Milano, 1985; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994; F. GAZZONI, *La c.d.*

i fondi coinvolti siano all'interno della medesima zona urbanistica o, almeno, avere la stessa destinazione, con un doppio limite, di tipo quantitativo e qualitativo. Con la cessione di cubatura non viene mutato l'indice di densità complessivo della zona o del comparto, né la stessa assume rilevanza per la realizzazione di obiettivi quali la perequazione e la compensazione.

La formulazione della novella e la collocazione sistematica riflettono una tecnica normativa già sperimentata¹¹: l'art. 2643, comma 1, num. 2 *bis* c.c. codifica una regola di opponibilità alla quale non corrisponde una chiara presa di posizione su problematiche di ordine sostanziale e disciplinare, per le quali occorre uno sforzo ricostruttivo da parte dell'interprete. Vero è che l'intervento sul solo profilo pubblicitario risulta coerente con la competenza normativa concorrente propria della

cessione di cubatura, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1991, art. 2643-2645, vol. I 655; P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della PROPRIETÀ edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 383; M. LIBERTINI, *I «trasferimenti di cubatura»*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, vol. III; G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv. not.*, 1974, 626; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, 1995, II 287; R. TRIOLA, *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, 115; P. L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed un'ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, II, 285. A. DI MAJO - L. FRANCARIO, voce «Proprietà edilizia», in Enc. dir., vol. XXXVII, 356; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in Trattato Rescigno, Torino, 1982, vol. 7, 526 ss.; C. TENELLA SILLANI, *I «limiti verticali della proprietà fondiaria»*, Milano, 1994, 575 ss.

¹¹ Tecnica con riferimento alla quale si sono espresse perplessità in dottrina con riferimento per esempio alla codificazione dell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. Si è da alcuno rilevato l'imprecisione ricostruttiva e sistematica e l'anomalia di un *modus operandi* che giustappone nello stesso articolo regole di fattispecie e di opponibilità, la quale nell'impostazione tradizionale assurge a *posterius*, innalzata su un fondamento positivo di carattere sostanziale. Cfr. al riguardo, F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 165 ss. In termini di "lessico e collocazione "ipocriti" nella misura in cui ci si rivolge ad una formalità per risolvere questioni di diritto sostanziale si è espresso P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo, in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit.. Come abbiamo avuto occasione di argomentare (S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 160) la tecnica normativa espressa dall'art. 2645 ter c.c. può suscitare giustificate perplessità nell'interprete che si sarebbe aspettato una tipizzazione (ed una disciplina articolata) contenute nel Libro IV del codice civile ed una norma sulla pubblicità inserita nel Libro VI. D'altra parte non è corretto qualificare l'art. 2645-ter c.c. come norma sulla sola pubblicità non foss'altro perché contiene indici (la forma, la durata e la riferibilità dell'interesse di destinazione ad uno o più beneficiari) che identificano i requisiti di validità del vincolo ed i presupposti del titolo.

disciplina della conformazione del territorio nel sistema della Carta costituzionale. Sicché l'ampiezza (e l'indeterminatezza) definitoria da un lato assicura al sistema normativo tale figura legittimando così la prassi e la legislazione locale che da tempo ne avevano sperimentato la disciplina e, dall'altro, è tale da comprendere la molteplicità variegata delle normative locali nelle quali si fa ricorso anche a *nomina* diversificati.

I diritti edificatori comunque denominati assurgono dunque a beni autonomi, passibili di appropriazione proprietaria e oggetto delle regole circolatorie proprie dei beni immobili ai sensi dell'art. 2643, comma 1, num. 2 *bis*¹². La qualificazione giuridica in termini di bene immateriale passa attraverso l'autonomia contrattuale piuttosto che essere frutto della sola aderenza al dato naturalistico: in questo contesto il contratto non rileva soltanto quale strumento di circolazione dei beni e della ricchezza ma assurge a strumento "per creare una cosa", i diritti edificatori appunto¹³.

Indici in questo senso sono reperibili nella più moderna teoria dei beni e nel superamento della necessaria corporeità quale elemento dell'art. 810

c.c., "una delle norme più infelici del nostro codice civile"¹⁴. Tale disposizione, si osserva, nel definire le cose oggetto di diritti ravvisa nella particolare considerazione da parte del diritto, e dunque nell'idoneità ad essere punto di riferimento di rapporti giuridici¹⁵, l'attitudine a essere bene a prescindere dalla dimensione della materialità.

Tale aspetto, e più in generale l'emersione di nuove forme di ricchezza, ha indotto parte della dottrina a interrogarsi sulla qualificazione e sulle regole di circolazione di "nuovi" beni quali, appunto, i valori mobiliari, l'informazione, la clientela¹⁶: si è parlato di "nuove proprietà", espressione che intende dar conto delle dinamiche evolutive che si registrano nella teoria dei beni, il cui baricentro si è spostato "dal valore d'uso al

¹⁴ Il concetto di bene è stato storicamente elaborato per designare ciò che era suscettibile di appartenenza o di possesso. Analizza il rapporto tra il concetto di bene ed il diritto di proprietà T.O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982. V. la definizione accolta da A. GAMBARO, *La proprietà - beni, proprietà, comunione, Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica, P. Zatti, Milano 1990, 86.

¹⁵ S. PUGLIATTI, *Bene*, cit.. Cfr. altresì M. TRIMARCHI, *I beni e la proprietà*, cit., p. 167 s. e sul versante comunitario P. BARCELLONA, *La strategia dei diritti. Diritti e società di mercato*, (a cura di) D. La Rocca, Torino 2006, pp. 36 ss..

Ancora attuale la riflessione di A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 4, p. 838 il quale rileva come tra la nozione di cosa e bene vi è la stessa relazione che corre tra uomo e persona. Nel fenomeno persona la sovrastruttura formale è chiamata capacità formula che indica l'attitudine ad essere il riferimento subiettivo di rapporti giuridici. Così nel fenomeno bene la sovrastruttura formale è chiamata idoneità, quale attitudine ad essere il riferimento obiettivo di rapporti giuridici. Le costruzioni giuridiche, infatti, hanno natura diversa dai presupposti di fatto cui queste costruzioni si riferiscono, anche perché il diritto può tal volta prescindere da tali presupposti per sostituirli con mere astrazioni concettuali. È il diritto che attribuisce alle cose l'idoneità in quanto abbiano l'attitudine ad essere il riferimento obiettivo dei rapporti sociali di cui si interessa l'ordinamento ed, in quanto tali, abbiano la funzione di soddisfare determinate esigenze economiche e sociali.

¹⁶ L'espressione "New Properties" si deve allo studio di REICH, *The New Property*, in *Yale law J.*, 73, 1964, 733 ss. In tema, A. GAMBARO, *Dalla new property alle new properties*, in AA.VV., *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 675 D'ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999; G. DE NOVA [et al.], *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991; A. DORFMAN, *Private Ownership*, in *Legal Theory*, Cambridge University Press, 16, 2010, 1-35; A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977; P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006; D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enc. Giur.*, vol. V, Roma, 1989, 4 ss.; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011; ID., *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in *Il diritto dell'informazione e l'informatica*, 2004; V. ZENO ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 438 ss.

¹² Al riguardo v. A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, *Riv. giur. edilizia* 2010, 1, p. 3 ad avviso del quale "non insorgono difficoltà di tipo dogmatico ad intendere i diritti edificatori come un bene suscettibile di divenire oggetto di diritti, con ciò allineandosi con le concezioni prevalenti sul piano globale, ed anche con le concezioni proprie della scienza economica, trattandosi di una risorsa scarsa ad uso rivale. Piuttosto si tratta di chiarire quale sia il diritto che insiste su tale bene e quale ne sia il regime di circolazione". Osserva inoltre l'Autore che "la realtà è che la commerciabilità dei diritti edificatori è stata messa a punto pensando che le volumetrie siano dei beni ai sensi dell'art. 810 c.c. e siano beni assimilabili ai beni immobili".

¹³ Così M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 1, p. 88 ss. il quale osserva come la nuova immagine del contratto "non è soltanto quella di uno strumento che crea la ricchezza favorendo la circolazione dei beni, ma quella di uno strumento per creare direttamente ricchezza, quasi creando cose nuove del mondo fisico, da fare successivamente circolare

Osserva Francesco Galgano, seppure in altro contesto come "l'uso sapiente della tecnica contrattuale ha dato vita a forme nuove di ricchezza, ha creato la ricchezza finanziaria, la proprietà industriale, in una parola le new properties. Il contratto non serve solo per far circolare la ricchezza; ora serve anche per crearla. Il Vecchio Continente, fra il Seicento ed il Settecento, con Casaregis, Lord Holt e Lord Mansfield, aveva inventato, con la cambiale, lo strumento che fa circolare la ricchezza futura come ricchezza presente. Il Nuovo Continente ha portato quella invenzione alle estreme conseguenze. Si intende che, oltre una corretta proporzione con la ricchezza industriale, la ricchezza finanziaria si tramuta in ricchezza illusoria. (...) Ma il difetto non stava, questo è evidente, negli strumenti dell'economia finanziaria; stava nell'uso smodato che se ne è fatto" (in *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, *Contratto e Impr.*, 2010, 2, 353).



valore di scambio¹⁷. In questo contesto, il carattere multiforme ed eterogeneo tale da ricomprendere beni immateriali, posizioni soggettive e rapporti giuridici impedisce di ravvisare una ricostruzione unitaria in punto di regole circolatorie e di estensione delle tutele proprietarie, sicché la valenza giuridica di tale categoria appare piuttosto di tipo descrittivo. Occorre invece - come per il tema che qui ci occupa - reperire attraverso il profilo circolatorio indici normativi chiari che sostengano l'estensione della tutela di tipo proprietario.

La ricostruzione in termini di bene in senso tecnico trova conferma anche nella dimensione europea. Nell'ordinamento comunitario infatti i beni immateriali giocano un ruolo tutt'altro che secondario non essendo l'immaterialità un connotato eccezionale. Si pensi alla creazione e alla introduzione negli ordinamenti interni di "nuovi" beni immateriali quali le cd. quote latte e i certificati verdi di cui al D. Lgs. 29 dicembre 2003, n. 38, in recepimento della direttiva 2001/77/CE. Indice parimenti rilevante si ravvisa, sempre in una prospettiva europea, nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale sposta l'attenzione dal rapporto d'appartenenza all'oggetto del rapporto stesso, di talché il concetto di bene assume una funzione equivalente a quella di diritto. L'estensione del concetto giuridico di bene sta a fondamento dell'opportunità di applicare tutele giuridiche analoghe a quelle che tradizionalmente conosciamo essere riservate alla proprietà. Si sono così aperte le porte della tutela giudiziale a situazioni comunemente lontane dalla nozione di proprietà in senso stretto: si pensi al c.d. diritto al *goodwill* e agli orientamenti in tema di crediti d'imposta, ricostruiti quali beni ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 CEDU. Il fondamento tecnico di tale opzione ricostruttiva è reperito dai Giudici di Strasburgo nella lettera dell'art. 1 Prot. 1 ("ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni") della Carta sicché la Corte europea, attraverso il riconoscimento a ciascuno del rispetto dei propri beni, intende garantire nella sostanza il rispetto del diritto di proprietà¹⁸. Rientra dunque nella nozione

di bene qualsiasi interesse sostanziale purché non si tratti di diritti "teorici o illusori, ma concreti ed effettivi".

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia si muove nel senso di svincolare la nozione di bene giuridico dal requisito della corporalità ed accoglie una nozione ampia di *Property* così da fare rientrare nella garanzia proprietaria tutti i diritti anche di natura personale nascenti dall'esercizio di una attività economica. L'effetto, evidentemente, così come si è già visto per i "beni" oggetto della disciplina comunitaria, è di ricomprendere nella tutela proprietaria situazioni giuridiche che prevedono l'attribuzione di un beneficio al titolare di una iniziativa economica e che nei sistemi di *Civil Law* rientrerebbero più nella categoria dei diritti di credito che non nella proprietà o in altri diritti reali.

Quanto osservato consente di superare le obiezioni avanzate nella teoria della cessione di cubatura con riguardo alla costruzione della stessa come bene giuridico a sé stante. Si è detto che delineare la cubatura in termini di bene giuridico autonomo liberamente circolabile equivale a considerare lo spazio aereo come un bene giuridicamente rilevante, e la cd. colonna d'aria quale entità separabile dalla proprietà dell'immobile e trasferibile. Tale ricostruzione, si osserva ancora, incontra ulteriori ostacoli nei tradizionali schemi dogmatici in materia di proprietà e diritti reali, e precisamente nella regola che vuole che le facoltà componenti le situazioni giuridiche reali non possano assurgere a posizioni autonome dal diritto cui appartengono. Rilievi questi che non investono il settore dei diritti edificatori per la discontinuità giuridica sopra evidenziata: il diritto edificatorio è scisso dall'area, circola a prescindere dall'inerenza a un fondo e dalla concreta edificabilità dello stesso.

3. Autonomia negoziale e atti dispositivi di diritti edificatori.

prevista dall'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU rientrano sia i beni reali che i valori patrimoniali, inclusi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può maturare una legittima aspettativa di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà". V. altresì, prima in ordine temporale, la sentenza *Marckx c. Belgio* del 1979 ove la Corte precisa cosa debba intendersi per bene e per diritto di proprietà, orientamento confermato, tra gli altri, nei casi *Iatridis c. Grecia* 25 marzo 1999 e *Beyeler c. Italia* 5 gennaio 2000. Nel caso *Azas c. Grecia* 19 settembre 2002 in particolare si precisa come la nozione di beni abbia una portata autonoma che non si limita senz'altro ai beni materiali: "certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des "biens" aux fins de cette disposition"

¹⁷ Così A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 189. Da ultimo, MARTINO, *Le «nuove proprietà»*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, La successione ereditaria, Milano, 2009, 355 ss.; BENELLI, CIANCI, *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza. Tra diritti reali e new properties*, Torino, 2008, *passim*.

In tema v. altresì G. CORAPI, *La trasmissione ereditaria delle c.d. «nuove proprietà»*, *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 5, 379.

¹⁸ In questo senso si veda il caso *Plalam S.p.a. c. Italia* dell'8 febbraio 2011 nel quale si precisa che "nella nozione di "bene"

Terzo ambito di rilevanza dell'autonomia privata è quello che assume come riferimento il contratto quale negozio dispositivo dei diritti edificatori, prospettiva più familiare rispetto a quanto osservato nel precedente paragrafo. Le parti potranno infatti rivolgersi agli schemi negoziali che ritengono più opportuni dal momento che negozi traslativi di detti diritti possono in concreto avere carattere gratuito, liberale (con il rispetto dei requisiti formali in caso di donazione) od oneroso.

Con riferimento al primo aspetto, è da ritenere che non sia di impedimento alla configurazione di una cessione gratuita l'art. 771 c.c. in materia di donazione di beni futuri, non foss'altro perché i diritti edificatori rappresentano beni attuali, economicamente apprezzabili ed immediatamente fruibili. La mancata inerenza a un fondo, così come l'assenza dell'atterraggio su un'area ricevente, (atterraggio che a ben vedere potrebbe anche non verificarsi) non ne mutano la natura in beni futuri¹⁹. Nell'ambito del profilo oneroso, poi, la causa si colora in relazione alla fattispecie concreta²⁰, sicché

¹⁹ A fondamento del divieto codificato all'art. 771 c.c. si ravvisa tradizionalmente l'esigenza di tutelare il donante e precisamente di frenarne la prodigalità. V. al riguardo BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *La donazione* a cura di Bonilini, I, Torino 2001, 558 s.; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, VI, t. 2, Torino 1997, 526. Più discussa in dottrina è l'identificazione dell'oggetto del divieto. Ad avviso di taluno sarebbe nulla soltanto la donazione immediatamente dispositiva di cosa futura, essendo invece valida quella obbligatoria (BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, II, t. 4, Milano 1964, 43; Lenzi, *La donazione obbligatoria*, in *Riv. not.*, 1990, 938). Diversamente opinando, si osserva "poiché la prestazione in ogni contratto è sempre un'entità futura, dovremmo escludere in generale quella figura di donazione con effetti obbligatori, che la stessa definizione di donazione esplicitamente consente" (BIONDI, *op. cit.*, 341). Di contro, l'opinione prevalente in dottrina estende il divieto de quo anche alla donazione obbligatoria di cosa futura.

²⁰ La più attenta dottrina ha fatto chiarezza sull'identificazione del concetto di causa da intendere, in concreto, quale controllo sulla giustificazione concreta del negozio, il cui esito è accertare se il risultato prefigurato contrasti con un limite posto dall'ordinamento. In questo senso si è espressa anche la recente giurisprudenza della Cassazione (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, nota di ROLFI) la quale ha precisato che "causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

In questo senso la causa presenta un preciso contenuto giuridico ed altrettanto precise funzioni ed utilità rilevanti anche in sede di dibattito europeo ove si è un inarrestabile declino che sfocia nella morte del concetto.

In tema, per ogni riflessione, U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in *Remedies in contract. The common rules for a european law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008. V. inoltre C. SCOGNAMIGLIO, *La dimensione problematica di una categoria concettuale*, in *Trattato del contratto* Il regolamento,

si può prospettare, oltre alla vendita, la permuta e la prestazione in luogo di adempimento, fino al conferimento in società sia in fase costitutiva che di aumento di capitale.

L'atto dispositivo di diritti edificatori produce effetti traslativi immediati, fatta salva, naturalmente, una diversa modulazione dell'efficacia realizzabile attraverso il ricorso ai meccanismi messi a disposizione dall'ordinamento. Non siamo in presenza di una fattispecie a formazione progressiva, incompleta al momento della stipulazione del contratto e destinata a perfezionarsi con l'atterraggio dei diritti ovvero con il rilascio del titolo urbanistico legittimante l'edificazione. Vero è che quanto osservato schiude aspetti di complessità - ai quali non può che farsi solo cenno - con riguardo ai rapporti con la Pubblica amministrazione, e ciò a fronte dell'opportunità di reperire meccanismi atti a governare eventuali sopravvenienze della normativa urbanistica (siano esse incidenti sull'esistenza e il *quantum* dei diritti edificatori ovvero sull'individuazione delle aree di atterraggio) e delineare i conseguenti rimedi.

Nel quadro della dimensione circolatoria possiamo inoltre interrogarci circa la trasmissibilità *mortis causa* dei diritti edificatori e della possibilità di ricorrere al testamento quale negozio dispositivo. Non sembra vi siano ostacoli al riguardo. Vero è che l'acquisto successorio è soggetto a trascrizione a norma dell'art. 2648 c.c. e trova applicazione per esso la disposizione di cui all'art. 2650 c.c. in tema di continuità, sicché in assenza della formalità relativa al precedente acquisto non producono effetto le successive trascrizioni degli atti aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti edificatori stessi.

Ciò rilevato, nel contesto del trasferimento si parla di "decollo" e di "atterraggio" dei diritti edificatori: la loro cessione presuppone a monte una separazione dalla proprietà fondiaria (per la quale non occorre la concreta edificabilità) e a valle un atterraggio, cioè l'esercizio dei diritti su un'area idonea a riceverli secondo lo strumento urbanistico locale. Giova precisare che nelle vicende di decollo e di atterraggio, i diritti edificatori oggetto del contratto traslativo non mutano la propria natura. Vero è che dovranno essere adottati accorgimenti negoziali che variano a seconda della fase (decollo, volo o atterraggio) in cui si inserisce il contratto. È opportuno infatti che le garanzie prestate da parte del cedente siano adeguate, così come può essere utile il ricorso al meccanismo condizionale nel quale l'evento futuro e incerto sia rappresentato

vol. II, a cura di G. Vettori, Milano, 2006; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 11-12, p. 979 ss.



dall'atterraggio in un'area idonea ovvero dal rilascio del provvedimento edilizio abilitativo. Tale osservazione mette in luce gli aspetti di indeterminazione dei quali l'interprete deve tenere conto nel confezionare il contratto e nell'apprestare forme di tutela idonee per il cessionario e precisamente: l'incertezza in ordine al futuro atterraggio di detti diritti in un'area legittimata a riceverli e al conseguimento da parte della P.A. del titolo urbanistico legittimante l'edificazione, fino al possibile *ius variandi* nel senso di una *reformatio in pejus* dei diritti edificatori stessi ad opera dell'Amministrazione²¹. Quanto al primo aspetto, l'atterraggio potrebbe essere impedito, in concreto, dalla mancanza o dalla scarsità delle aree riceventi o ancora da sopravvenienze di tipo normativo o di fatto. Con riferimento agli altri profili, viene in evidenza il carattere complesso dell'istituto tale per cui al profilo privatistico, che si concretizza nel contratto di trasferimento di diritti edificatori trascrivibile *ex art. 2643, comma 2, num. 2 bis*), si giustappone una fase consistente - a seguito dell'atterraggio - nell'emanazione del provvedimento amministrativo²². Di tale collegamento è opportuno dare conto in sede negoziale²³ estrinsecando la connessione funzionale tra il negozio e il rilascio del provvedimento urbanistico abilitativo; lo strumento può essere quello della condizione nel suo atteggiarsi di condizione sospensiva, ovvero risolutiva del mancato rilascio del permesso di costruire, con particolare attenzione a definire correttamente il carattere retroattivo o meno degli effetti al verificarsi dell'evento in considerazione della

(potenziale) pluralità di trasferimenti dei diritti "in volo"²⁴.

²¹ V. al riguardo la recente pronuncia del T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I dell'1 luglio 2015, n. 906 ai sensi della quale i cambi di orientamento nella pianificazione urbanistica rientrano in una sfera di ampia discrezionalità fermo restando che "le scelte attinenti ... ai diritti edificatori non possono però essere arbitrarie". In un arresto dello stesso Tribunale di pochi mesi precedente (21 marzo 2015, n. 415) si precisa che la *reformatio in pejus* non richiede una motivazione puntualmente riferita a ogni singola proprietà che subisca il ridimensionamento dei diritti edificatori (o la perdita della prospettiva di acquisire diritti edificatori in futuro).

²² Ne deriva uno stretto rapporto tra l'interesse pubblico al corretto e regolato sfruttamento del territorio e quello privato alla commercializzazione della capacità edificatoria il che dà vita a una duplicità di vicende (il procedimento diretto al rilascio del permesso di costruire e il negozio di cessione di diritti edificatori) che mantengono autonoma rilevanza, pur funzionalmente collegate.

²³ La mancata estrinsecazione della *condicio facti*, ove non si ritenga di qualificare la fattispecie in termini di *condicio juris*, induce a interrogarsi sulla rilevanza nel caso de quo della presupposizione e sulla possibilità per l'acquirente di diritti edificatori di farla valere nel caso di impossibilità (giuridica o materiale) di atterraggio o di mancato rilascio del titolo urbanistico.

²⁴ Si potrebbe sostenere la qualificazione della fattispecie in parola in termini di *condicio juris* alla quale sarebbe subordinata l'efficacia del negozio di trasferimento dei diritti edificatori. Nell'ambito della riflessione inerente la cessione di cubatura, parte della dottrina ha fatto riferimento proprio alla *condicio juris* giacché prevista negli strumenti urbanistici (così G. PICCO - A.M. MAROCCO, *op. cit.*, 641). Sicché, si osserva, al rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato, quale evento futuro e incerto che assurge a *condicio iuris* è subordinata l'efficacia del negozio concluso tra cedente e cessionario.