

## LA CONDICIO IURIS: IL TRAIT D'UNION TRA MOMENTO PRIVATISTICO E PUBBLICISTICO NELLA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI.

| 297

Di Pietro Coppini

**SOMMARIO:** 1. *Inquadramento della fattispecie e ricostruzione storica.* 2. *Impostazione del problema: la vicenda edificatoria tra diritto amministrativo e diritto privato.* 3. *L'oggetto della cessione di cubatura: chance edificatoria, diritto reale o bene?* 4. *La gestione dei rischi nella circolazione dei diritti edificatori: criticità (e prime risposte).* 5. *La condicio iuris nei negozi di cessione di cubatura.*

*ABSTRACT.* I recenti interventi (legislativi e, soprattutto, giurisprudenziali) rendono opportuno interrogarsi sulla struttura del negozio di cessione di cubatura, che si colloca sul sempre più sottile confine tra diritto amministrativo e diritto privato. La riflessione muove proprio dalla presa d'atto della natura "ibrida" dell'istituto, al cui interno attività privata ed amministrativa s'intrecciano, dialogano tra loro, risentendo l'una dell'altra, seppur nel rispetto della reciproca autonomia. L'innegabile collegamento sussistente tra queste due attività (insieme alla peculiare natura del "bene-cubatura") ha però immediate ricadute sugli effetti negoziali: ciò porta a ipotizzare che il contratto – pur producendo l'immediato trasferimento della capacità edificatoria in capo all'acquirente – sia sottoposto ad una condizione risolutiva di diritto, legata al mancato rilascio del permesso di costruire da parte della p.a. (rischio che, altrimenti, graverebbe esclusivamente sul nuovo titolare della capacità edificatoria).

*The essay analyses the transfer of the so-called development rights. More specifically, the author focuses on the structure of this contract and underlines the strict relationship between administrative activity and private agreements (during the whole process that leads the public administration to issue the planning permission). In this regard, administrative and private activities must always be distinguished one from the other: hence, the transfer of the development rights is immediately effective (even without the planning permission). Nevertheless – in order to preserve the buyer from the risks, related to the administrative discretion – the effects of the contract may be removed later (through a sort of a "condicio iuris") in case of denial of the permission by the public administration.*



### 1. Inquadramento della fattispecie e ricostruzione storica.

Una recente pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>1</sup> ha riaperto i riflettori sulla *vexata quaestio* della cessione di cubatura, portando l'interprete a interrogarsi sulla disciplina di un contratto che, fin dalla sua elaborazione nella prassi, ha fatto molto discutere. La suddetta sentenza rappresenta, però, solo il punto di partenza delle riflessioni che seguiranno: l'intervento giurisprudenziale, lungi dall'essere risolutivo delle questioni emerse, è, come si vedrà di seguito, foriero di ulteriori dubbi. Obiettivo di questo contributo è ripercorrere l'annosa questione della cessione di cubatura, riconducendo al sistema delle categorie civilistiche tale fattispecie contrattuale.

L'istituto della cessione di cubatura nasce già negli anni '60 del secolo scorso<sup>2</sup>, a seguito dell'introduzione dei cc.dd. *standard* edilizi<sup>3</sup>: in breve, questi rappresentano un'operazione di pianificazione urbanistica (compiuta, dunque, dalle amministrazioni comunali), volta a contingentare lo sviluppo edilizio e, prevalentemente, evitare la concentrazione del carico edilizio su una *singola* zona

del territorio. Al contrario, il legislatore (statale e locale) resta neutrale sulla distribuzione – all'interno della singola zona – della capacità edificatoria, consentendo che quest'ultima si accentri anche nelle mani di un unico proprietario<sup>4</sup>. Proprio questo assunto costituisce il presupposto (logico e giuridico) della cessione di cubatura.

Del resto, se a rilevare è il solo rispetto di un determinato indice di edificabilità nella *complessiva* zona, i privati – una volta che l'amministrazione abbia fissato gli *standard* edilizi di zona, nonché la capacità edificatoria di ciascun fondo – possono trasferire ad altri la volumetria del proprio terreno, a titolo gratuito o oneroso. Esemplificando, il proprietario di un terreno ineditato (che non vuole costruire su di esso) può vendere la cubatura inutilizzata ad un altro soggetto, proprietario anch'egli di un fondo, e intenzionato a costruire su quest'ultimo in misura maggiore rispetto a quanto originariamente a lui spettante. Si viene così a creare un "mercato della volumetria"<sup>5</sup>, al cui interno i privati negoziano diritti edificatori in cambio (solitamente) di un corrispettivo in danaro, assecondando così le esigenze di entrambi i soggetti coinvolti nel contratto di cessione<sup>6</sup>.

Se il risultato a cui si vuole giungere è stato chiaro sin dall'inizio, non è stato altrettanto semplice (perlomeno fino al 2011, e dunque fino all'introduzione del n. 2bis dell'art. 2643 c.c.) comprendere *come* addivenire a tale esito. Seppur nell'impossibilità di prendere in esame tutte le tesi sostenute sul punto, è bene ricordare che alcuni autori ritenevano che la cessione di cubatura dovesse realizzarsi mediante un negozio ad effetti esclusivamente obbligatori, col quale il proprietario "cedente" si impegna a non richiedere alcun titolo

<sup>1</sup> Il riferimento è, innanzitutto, a Cass., sez. un. 9 giugno 2021, n. 16080, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1312 ss., con nota di L. COGGI, *La discussa qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura all'attenzione delle Sezioni Unite*, e in *Contratti*, 2021, 502 ss., con nota di F. FELIS, *Cessione di cubatura e diritti edificatori*. Sul punto, si v. anche Cass., sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23092, in *Banca dati DeJure*, per il cui commento si rinvia a F. D'AVINO, *La natura giuridica dei diritti edificatori: manca il carattere della realtà. Preludio alla natura giuridica della cessione di cubatura?*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 152 ss.

<sup>2</sup> Sebbene la cessione di cubatura risulti prevista, per la prima volta, all'interno del piano regolatore della città di Torino, approvato con d.p.r. 6.10.1959 ed al cui interno si leggeva che la «cubatura ammessa è trasferibile anche su diverse proprietà purché il trapasso avvenga in sede di piano particolareggiato, previa stipulazione, con l'intervento del Comune, di atto pubblico che regoli il trasferimento della cubatura mediante vincolo sulle aree a minore sfruttamento o da mantenersi libere».

<sup>3</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'art. 41 *quinquies*, l. 17.8.1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica), introdotto con l'art. 17, l. 6.8.1967, n. 765, il quale ha previsto, per la prima volta a livello statale, i cc.dd. *standard* edilizi, ivi inclusi, dunque, gli indici di densità edilizia, i limiti di altezza e di distanza tra i fabbricati ed il rapporto massimo tra gli spazi destinati ad insediamenti residenziale e produttivi e quelli riservati a verde pubblico, parcheggi e attività collettive. Ai nostri fini, lo *standard* edilizio rilevante è quello che individua un rapporto tra metri quadri di terreno disponibile e metri cubi di costruzione edificabile sul medesimo. Ad ogni modo, la prassi della cessione volumetrica nasce già negli Stati Uniti, in cui la previsione dei suddetti *standards* edilizi ha dato luogo ad un mercato degli stessi (cfr., sul punto, J.M. PEDOWITZ, *Transfer of air rights and development rights*, in *Air Rights, Air Space and Transferable Development Rights*, a cura di J.M. Pedowitz, New York, Practising Law Institute, 1985, 12 ss.).

<sup>4</sup> Purché, s'intende, ciò avvenga nei limiti fissati dal piano regolatore. Al riguardo, la giurisprudenza si è consolidata nel senso che la prassi amministrativa e negoziale, formatasi nel tempo, sia legittima, muovendo dal presupposto che la materiale ubicazione degli edifici all'interno di ciascuna zona urbanistica non rilevi, a condizione che siano rispettati i limiti inderogabili di densità edilizia che la caratterizzano, nonché gli *standard* edilizi imposti dal legislatore (in tal senso, v. soprattutto Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3, in *Foro it.*, 2009, III, 523; Cons. Stato 4 maggio 2006, n. 2488, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, I, 1280).

<sup>5</sup> Sul funzionamento del mercato dei diritti edificatori, cfr. C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 997, nt. 61, nonché, *amplius*, A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, II, 3 ss.

<sup>6</sup> Infatti, questo schema negoziale consente, da un lato, al cedente di sfruttare economicamente la capacità edificatoria del proprio fondo (anche senza dover necessariamente costruire sullo stesso) e permette, dall'altro lato, al cessionario di edificare in misura maggiore rispetto a quanto inizialmente consentitogli, il tutto nel rispetto dei piani urbanistici e dei limiti di densità edilizia imposti nella zona

edilizio e a fare quanto necessario affinché il proprietario “cessionario” ottenesse un permesso maggiorato<sup>7</sup>. Altri ancora – sempre all’interno di questo filone dottrinale, che affermava l’efficacia meramente obbligatoria del negozio – ritenevano che la cessione di cubatura configurasse una semplice rinuncia alla facoltà di edificare, compiuta dal soggetto cedente: una volta preso atto di tale rinuncia, il Comune avrebbe rilasciato il titolo edilizio in misura maggiorata<sup>8</sup>. In entrambi i casi, era chiaro che il trasferimento della cubatura *ex se* sarebbe avvenuto solo a seguito dell’emissione del permesso maggiorato da parte del comune, producendo l’atto tra privati effetti esclusivamente obbligatori.

Di diverso avviso era, invece, quella dottrina che tentava di dare realtà alla fattispecie circolatoria della cubatura, proponendo di ricostruire la cessione di cubatura come un contratto di trasferimento di un diritto reale atipico<sup>9</sup> o di costituzione di un diritto di superficie *sui generis* (in quanto, in quest’ultimo caso, il diritto di costruire sarebbe stato esercitato su un fondo diverso da quello del concedente)<sup>10</sup>. La

tesi nettamente prevalente – e che, soprattutto, aveva trovato le maggiori applicazioni pratiche – era, però, quella di chi riteneva necessaria la costituzione di una *servitù di non edificare*<sup>11</sup>: in particolare, il proprietario della cubatura costituiva tale servitù, a carico del fondo da cui originava la volumetria ceduta e a favore di quello su cui si voleva costruire in misura maggiorata (che avrebbe rappresentato, dunque, il c.d. fondo dominante). Successivamente, il proprietario del fondo dominante avrebbe richiesto il rilascio del titolo edilizio maggiorato, sfruttando anche la cubatura “ceduta”.

Nonostante le critiche rivolte<sup>12</sup>, tale soluzione era senz’altro la più completa e convincente, in quanto utilizzava l’unico diritto reale *tipico a contenuto atipico* (la servitù, appunto), al fine di dare realtà e (soprattutto) opponibilità ad una situazione che altrimenti avrebbe difficilmente avuto tali caratteristiche. Trattandosi di negozio costitutivo di servitù, la cessione di cubatura veniva altresì trascritta (*ex art. 2643, n. 4, c.c.*), consentendo così di ottenere una maggiore certezza nella circolazione dei diritti edificatori<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Così, G. CECCHERINI, *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento*, in nota a Cass. 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 319 ss. e A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. (agg.)*, Torino, 2000, 739 s. All’interno di tale tesi, particolare rilevanza aveva assunto l’idea di chi (N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, I, 1139 ss.) intravedeva nella cessione di cubatura un «vero e proprio atto d’obbligo edilizio», col quale un soggetto imponeva a carico del proprio fondo un vincolo di non edificabilità: tale soluzione – che si differenziava dal negozio ad effetti meramente obbligatori in quanto proponeva di rendere tale vincolo opponibile anche nei confronti dei successivi proprietari del fondo vincolato – poneva il problema (affatto secondario) della mancanza di una norma effettivamente idonea a raggiungere il risultato sperato (*i.e.* rendere opponibile *erga omnes* l’accordo).

<sup>8</sup> In tal senso R. TRIOLA, *La “cessione di cubatura”: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, 115. Originale, inoltre, era la tesi che ravvisava nel trasferimento di cubatura una cessione di contratto, nel senso che un soggetto cedeva la propria posizione contrattuale nei confronti della pubblica amministrazione concedente (così P.L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, 298 ss.).

<sup>9</sup> Così, Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424, con nota di R. TRIOLA, *La natura giuridica della cessione di cubatura*, e in *Riv. not.*, 1975, II, 547 ss., con nota di M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d’area a “numero chiuso” dei diritti reali*, e Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 1595.

<sup>10</sup> Cass. 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro it.*, 1973, I, 2117 ss., e Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, in *Riv. leg. fisc.*, 1977, 1146. In dottrina, si v. anche S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, 67 ss. Si noti, però, che chi faceva ricorso alla *superficie*, avrebbe dovuto “forzare” il contenuto di tale diritto reale, solitamente volto ad autorizzare la realizzazione di un’opera sul *proprio fondo*, e non su fondo altrui (come invece sarebbe dovuto avvenire nel caso di specie). Critica

tale tesi M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *Contr. impr.*, 1991, 91.

<sup>11</sup> Così, in dottrina, G. PICCO-A.M. MAROCCO, *I così detti “trasferimenti di cubatura”*, in *Riv. not.*, 1974, 642, N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, 1083, nonché, seppur in termini maggiormente dubitativi, M. LIBERTINI, *op. cit.*, 94 s. In giurisprudenza, tale soluzione aveva trovato approvazione da Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Foro it.*, 1974, I, 92 ss.

Sul punto, cfr., altresì, A. GAMBARO, *op. cit.*, 8, secondo cui «le cessioni di cubatura possono assumere la sostanza più varia perché la scelta del mezzo risale all’autonomia privata la quale può ben conformare l’oggetto delle sue dichiarazioni di volontà. In sostanza le parti possono confezionare un atto ad effetti reali, ed in tal caso si trattava di un atto costitutivo di servitù *altius non tollendi* sul fondo del cedente; oppure un atto ad effetti esclusivamente obbligatori, il quale in realtà è, *inter partes*, sempre un contratto al quale la giurisprudenza riconosce la meritevolezza dell’interesse; ma ai fini degli effetti verso terzi ed anche del Comune, l’atto può assumere le forme dell’atto unilaterale abdicativo».

<sup>12</sup> Su tutte, si è innanzitutto osservato come il vantaggio al fondo dominante non sarebbe derivato esclusivamente dall’impossibilità, per il proprietario del fondo servente, di costruire su quest’ultimo, dovendo il proprietario del fondo dominante richiedere (ed ottenere) il permesso di soggiorno maggiorato (per tali rilievi, si veda F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, I, 655 ss., il quale già all’epoca propendeva per inquadrare il caso come una fattispecie a formazione progressiva). In altre parole, la costituzione della servitù non avrebbe *ex se* giustificato la maggiore volumetria attribuita al proprietario del fondo dominante, mancando un’immediata *utilitas* a favore del fondo dominante (così, A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2ª ed., Milano, 2017, 188 ss.).

<sup>13</sup> Come ben sottolineato da Cons. Stato 25 novembre 1988, n. 744, in *Foro amm.*, 1988, 3251.

I problemi appena esaminati – legati allo schema contrattuale utilizzato per addivenire alla cessione di cubatura, nonché per renderlo opponibile ai terzi – vengono risolti nel 2011, con l'introduzione dell'art. 2643, n. 2bis, c.c. (intervenuta con il d.l. 13.5.2011, n. 70)<sup>14</sup>, con cui la cessione di cubatura viene non solo codificata, ma resa altresì trascrivibile (e, dunque, assoggettata alla regola di cui all'art. 2644, 2° co., c.c.<sup>15</sup>) senza ricorrere allo schema della servitù. Il nuovo numero dell'art. 2643 c.c. – che consente la trascrizione de «i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale» – conferisce, infatti, autonoma rilevan-

za alla figura della cessione di cubatura<sup>16</sup>, divenendo così superfluo discorrere di assunzione di obbligazioni ovvero di costituzione di superficie o servitù: la cessione di cubatura è una figura distinta ed autonoma rispetto a quelle sopra esaminate, potendo i privati limitarsi a cedere – in via diretta – i diritti edificatori loro spettanti.

L'intervento legislativo è, d'altro canto, scarno e limitato esclusivamente all'ambito pubblicitario<sup>17</sup>. Si consente la trascrizione di un negozio, ma non ne viene definito né il contenuto né la disciplina: siamo, dunque, ben distanti da una vera e propria tipizzazione codicistica. Piuttosto, l'intervento legislativo aiuta senz'altro a risolvere un problema – legato allo strumento utilizzabile per la cessione di cubatura ed alla relativa pubblicità –, ma mette in luce nuove (ed altrettanto complesse) questioni, legate all'oggetto del negozio, ai suoi effetti, nonché alla relativa disciplina.

## 2. Impostazione del problema: la vicenda edificatoria tra diritto amministrativo e diritto privato.

Dopo il 2011, in estrema sintesi, i termini della questione cambiano: non si parla più di come addivenire alla cessione di cubatura, quanto, piuttosto, del contenuto del negozio e della sua disciplina. Ora, proprio al fine di chiarire quest'ultimo aspetto – fulcro del presente lavoro – è necessario prendere atto delle peculiarità che caratterizzano il negozio di cessione di cubatura, che costituisce, a tutti gli effetti, un negozio di diritto privato con importanti ricadute sul procedimento amministrativo (culminante col rilascio del permesso di costruire). Esso rappresenta uno spazio, lasciato all'autonomia privata,

<sup>14</sup> Già prima della riforma del 2011, Cons. Stato 13 luglio 2010, n. 4545, in *Foro amm.*, 2011, 115, con nota di A. GIUSTI, *Principio di legalità e pianificazione urbanistica perequata. Riflessioni a margine dell'esperienza del piano regolatore generale della Città di Roma*, denuncia «la perdurante assenza di una tale normativa statale», affermando «l'opportunità che lo Stato intervenga a disciplinare in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica, nell'ambito di una legge generale sul governo del territorio la cui adozione appare quanto mai auspicabile alla luce dell'inadeguatezza della normativa pregressa a fronte delle profonde innovazioni conosciute negli ultimi decenni dal diritto amministrativo e da quello urbanistico».

<sup>15</sup> Il quale stabilisce espressamente che, una volta trascritti gli atti enunciati nell'art. 2643 c.c. (ivi inclusa, dunque, la cessione di cubatura), «non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore». In tal senso, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione. I. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Torino, 2012, 213, e P. SIRENA, voce *Diritti edificatori (trasferimento di)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2015, 388 s.

Ciò non equivale ad affermare che i diritti edificatori debbano, necessariamente, costituire diritto assoluto, in quanto l'art. 2643 c.c. contiene numerose ipotesi che – seppur assoggettate alla regola dell'art. 2644 c.c., in forza del rinvio all'art. 2643 c.c., ivi contenuto – riguardano pacificamente diritti personali di godimento (in quanto tali, relativi): si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle locazioni ultranovennali (trascrivibili ex art. 2643, n. 8, c.c.) o al diritto di abitazione attribuito al coniuge separato (la cui trascrizione è prevista all'art. 337sexies, 1° co., c.c., il quale a sua volta rinvia all'art. 2643 c.c.). In tal senso, chiaramente, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 212, il quale ben nota che «una cosa infatti è l'opponibilità, altra cosa è la realtà: la prima attiene al profilo circolatorio, la seconda alla natura e ai caratteri del diritto (reale)». Dunque, mentre la soluzione della servitù di non edificare comportava che il diritto fosse non solo trascrivibile, ma altresì reale ed assoluto (in quanto la situazione creata rientrava nel diritto reale di servitù), con l'art. 2643, n. 2bis, c.c. il legislatore si preoccupa esclusivamente di risolvere la problematica dell'opponibilità della cessione di cubatura, senza prendere posizione sulla realtà dei c.d. diritti edificatori. Il punto è approfondito da Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., par. 8 (seppur con alcune incongruenze, a cui si è dedicato maggior spazio in P. COPPINI, *Le Sezioni Unite e la cessione di cubatura: un personaggio in cerca d'autore*, in *Nuovi orientamenti della cassazione civile*, a cura di C. Graneli, Milano, 2022, 314 ss.).

<sup>16</sup> Del resto, se il legislatore avesse voluto avallare la prassi contrattuale (che utilizzava la servitù di non edificare), non sarebbe stata necessaria la previsione di un apposito numero all'interno dell'art. 2643 c.c.: la cessione di cubatura, sotto forma di costituzione di servitù, sarebbe già stata attuabile, nonché trascrivibile ai sensi dell'art. 2643, n. 4, c.c.

<sup>17</sup> Al riguardo, è interessante notare come, negli ultimi 15 anni, il legislatore abbia spesso preso posizione su problemi di diritto sostanziale attraverso norme inserite nel capo della *trascrizione*. Ci si riferisce, tra gli altri, agli emblematici casi degli atti di destinazione (art. 2645ter c.c.), alla cessione di cubatura o, ancora, agli accordi di accertamento dell'usufruttamento (art. 2643, n. 12bis, c.c.): si tratta di tematiche alquanto complesse e che, pertanto, avrebbero meritato ben più di una scarna norma in tema di pubblicità. Si pensi, tra questi, al caso degli atti di destinazione, la cui materia (già estremamente complessa, in quanto legata alle precedenti discussioni in tema di *trust*) è stata ulteriormente complicata dall'infelice (e lacunosa) formulazione dell'art. 2645ter, sul cui contenuto è tutt'ora in corso un acceso dibattito. Sul punto, sia consentito il rinvio a P. COPPINI, *Azione revocatoria e destinazione patrimoniale, tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in *Contr. impr.*, 2021, 140.



all'interno di una vicenda che – nelle altre fasi (sia precedenti che successive) – è innanzitutto di diritto amministrativo<sup>18</sup>.

Sottolineare questo dato di fatto ci è utile, innanzitutto, perché pone un fondamentale *discrimen* tra *attribuzione* e *cessione* della volumetria. Nel primo caso, infatti, non si assiste ad un vero e proprio contratto di diritto privato, bensì all'attribuzione, da parte della p.a., di capacità edificatoria. Le esigenze che giustificano tale attribuzione<sup>19</sup> sono note, nonché facilmente distinguibili – sulla base della funzione perseguita dalla pubblica amministrazione – in attribuzione perequativa (che, cioè, ricerca un'equa distribuzione della capacità edificatoria tra tutti i proprietari di fondi in una medesima zona)<sup>20</sup>, compensativa (la quale consente ai Comuni di ac-

quisire aree, necessarie alla realizzazione di infrastrutture, attribuendo al privato capacità edificatoria quale indennizzo per il pregiudizio sofferto dal privato) o premiale (con cui i Comuni incentivano interventi di riqualificazione, riconoscendo ai proprietari coinvolti diritti edificatori, al fine di ricompensarli per le condotte virtuose)<sup>21</sup>.

Le fattispecie appena esaminate riguardano, dunque, la vicenda *genetica* della capacità edificatoria: in sede di attribuzione, il Comune crea *ex novo* la capacità edificatoria assegnata ai privati, i quali sono liberi di disporne, sia chiedendo il rilascio di un permesso di costruire, sia alienandola a terzi soggetti. Proprio la diversa origine della capacità edificatoria ha dato adito a svariate denominazioni di tale fenomeno<sup>22</sup>: ciononostante, anche la lettera della legge, che parla di «diritti edificatori comunque denominati», testimonia la volontà di addivenire ad una *reductio ad unum* del negozio di cessione di cubatura<sup>23</sup>, senza che l'origine della stessa si riverbera sulla struttura o sulla disciplina del contratto *ex se*.

Tutt'al più, la differenza potrà avvertirsi nella fase di *impiego* della cubatura (nel momento, cioè, di richiesta del permesso di costruire maggiorato): i

<sup>18</sup> Cfr. C. TENELLA SILLANI, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, 572 ss., la quale presta grande attenzione a costruire uno schema contrattuale che asseconi gli aspetti tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico nella vicenda circolatoria della cubatura (arrivando a parlare della cessione di cubatura come «frutto di una scelta urbanistica privata, entro i limiti permessi dalla normativa di settore, e quindi nel rispetto dell'interesse pubblico» [corsivo nostro]). Conformi, sul punto, A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012, 178 (secondo cui «il negozio privato e la situazione giuridica che ne deriva assumono la loro autonomia», pur essendo gli stessi «funzionali e preparatori rispetto al provvedimento amministrativo dal quale discenderà l'effetto finale della fattispecie complessa») e F. D'ANGELO, *Riflessioni in tema di diritti edificatori: spunti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'istituto*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 82 ss.

<sup>19</sup> Termine utilizzato proprio al fine di sottolineare l'unilateralità della vicenda che porta, in questo caso, all'acquisto della volumetria da parte del privato. In realtà, preme sottolineare come la cubatura attribuita in perequazione abbia origine dal PRG (piano regolatore generale), mentre quella assegnata in compensazione o premiale nasca da un accordo (il quale risulta comunque caratterizzato dall'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione): del resto, sottolinea M. DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 279 ss., che «non esiste un rapporto di necessaria biunivocità tra carattere unilaterale del potere dell'amministrazione e struttura unilaterale dell'atto, con la conseguenza che il potere amministrativo unilaterale può trovare espressione anche in atti bilaterali».

<sup>20</sup> Al riguardo, però, preme distinguere la perequazione urbanistica – attuata mediante i piani urbanistici tra i terreni della medesima zona, col principale scopo di addivenire ad un'equa distribuzione dei vantaggi e degli oneri tra i proprietari dei suoli interessati dai processi di trasformazione urbana – dalla perequazione territoriale. Quest'ultima – pur muovendo dalla comune necessità di ripartire equamente la capacità edificatoria tra i territori, ripartendone i relativi benefici e oneri – non concerne, infatti, i singoli proprietari, bensì opera a livello sopra-comunale, disciplinando la capacità edificatoria in tutto il territorio di un determinato intervento. In altre parole, la perequazione territoriale non costituisce una vera e propria tecnica di pianificazione, bensì detta le linee guida per l'adozione e l'attuazione delle scelte a livello territoriale. Al riguardo, cfr. D.M. TRAINA, voce *Perequazione urbanistica*, in *Enc. dir.*, *Anali*, VII, Milano, 2015, 692 s.

<sup>21</sup> Sul punto cfr. l'art. 11, 5° co., l. 6.8.2008, n. 133, al cui interno si prevede espressamente «a) il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo; b) incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi [...] e) la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate».

<sup>22</sup> Si parla, ad esempio, di diritto edificatorio vero e proprio nel caso di attribuzione perequativa, mentre la volumetria attribuita in fase compensativa o premiale viene spesso definita come *credito edilizio*. In ogni caso, i termini cubatura, volumetria, capacità edificatoria, diritto edificatorio, credito edilizio sono utilizzati – nel presente lavoro – quali sinonimi, valorizzando l'unitarietà della fattispecie, ravvisabile soprattutto in sede di trasferimento di tali diritti. Lamenta la varietà di espressioni utilizzate, quale sintomo della frammentarietà della normativa sul punto, A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit., 6, secondo cui occorre, piuttosto, «che nelle prassi discorsive ad un dato *nomen* corrisponda una nozione sufficientemente univoca al fine di consentire alle persone di agire in modo comunicativo. In caso contrario ognuno intenderà la parola a suo modo ed il risultato sarà un agire caotico che nessuna regola giuridica riuscirà a dominare posto che le *regulae iuris* presuppongono e non istituiscono un agire comunicativo in cui i messaggi mantengono un inalterato valore semantico nella mente dell'emittente ed in quella del ricevente».

<sup>23</sup> In tal senso, anche A. BOVA, *op. cit.*, 166 e R. QUADRI, *Pubblicità e garanzia nel contratto di cessione dei «diritti edificatori» di cui all'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 305.

diritti “compensativi” sono, di regola, privi di restrizioni di carattere spaziale<sup>24</sup> (non dovendo, cioè, essere necessariamente utilizzati nel territorio della medesima Amministrazione che ha attribuito tali diritti, a fronte dell’acquisto di un terreno), nonché insensibili alle eventuali variazioni dei piani<sup>25</sup>. Diversamente, i diritti “perequativi” sono utilizzabili esclusivamente nelle aree di concentrazione e rimangono sempre assoggettati a revisione in seguito alle modifiche del piano che le ha previste<sup>26</sup>.

Si individuano, così, le tre fasi della “vita” della cubatura: origine (attraverso un’attività della p.a., sia essa costituita dal PRG o da un accordo successivo allo stesso<sup>27</sup>), circolazione (fase eventuale, che si sostanzia in un atto tra privati, volto a trasferire la capacità edificatoria) e impiego (consistente nella richiesta del permesso di costruire, con successivo rilascio dello stesso). La prima e la terza rappresentano, evidentemente, parti di un procedimento amministrativo. Nella seconda, al contrario, l’attività amministrativa resta sullo sfondo e costituisce, piuttosto, il presupposto per l’origine e per il successivo impiego del diritto negoziato: la vicenda circolatoria è dunque affidata all’autonomia privata.

Il primo aspetto su cui, dunque, è necessario interrogarsi nel definire una disciplina della cessione di cubatura riguarda proprio il rapporto tra questi diversi momenti: nello specifico, viene naturale chiedersi come l’intrecciarsi di momento amministrativo e accordo privato si riverberino sullo stesso negozio di cessione di cubatura. Ci si chiede, in sostanza, se il contratto tra privati rappresenti esclusivamente una fase del procedimento amministrativo, ovvero se lo stesso sia dotato di una propria autonomia: la risposta ad un simile interrogativo non ha solo una notevole importanza a livello sistematico, ma ha altresì immediate ricadute anche sul piano pratico. A voler inquadrare la cessione di cubatura come un “segmento” del procedimento amministra-

tivo, infatti, il negozio di diritto privato non dispiegherebbe alcun effetto (perlomeno, di natura reale), fintantoché il suddetto procedimento non possa dirsi concluso, col rilascio del permesso di costruire. Diversamente, una cessione di cubatura, maggiormente improntata al momento privatistico, produrrebbe fin da subito i propri effetti, col trasferimento di un diritto (ma che diritto?<sup>28</sup>) in capo all’acquirente, nell’attesa che quest’ultimo proceda a *sfruttare* quanto acquistato, attraverso la sua ri-alienazione o (più verosimilmente) attraverso la richiesta di un permesso di costruire maggiorato.

Si tratta di una questione da sempre affrontata in tema di cessione di cubatura, e che pertanto ha trovato spazio anche nelle pagine della sopra citata pronuncia a Sezioni Unite sul tema<sup>29</sup>. Sul punto, la posizione della Suprema Corte pare del tutto condivisibile: nonostante gli innegabili legami tra momento amministrativo e momento privatistico – che partecipano ad un’unitaria fattispecie e risultano, pertanto, tra loro collegati – ciò non può comunque privare *in toto* il negozio di diritto privato della propria autonomia<sup>30</sup>. Al contrario, la cessione di cubatura – seppur ontologicamente collegata al rilascio di un futuro permesso di costruire<sup>31</sup> – rappresenta un negozio di diritto privato, che produce (seppur con le modulazioni di seguito esaminate) fin da subito effetti rilevanti nella sfera giuridica dei privati.

<sup>28</sup> Tale spinosa questione verrà trattata nel successivo §3.

<sup>29</sup> Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., spec. par. 7.

<sup>30</sup> Come, invece, fatto da parte da Cass. 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 319 ss., con nota di G. CECCHERINI, *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento*, secondo cui, nella cessione di cubatura «confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo; a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia del cedente, può essere emanato dall’ente pubblico a favore del cessionario, non essendo configurabile tra le parti un contratto traslativo». In tal senso, anche Cons. Stato 28 giugno 2000, n. 3636, in *Foro amm.*, 2000, 2184 ss., seguita da Cons. Stato 21 novembre 2016, n. 4861, in *Banca dati DeJure*. In dottrina, una posizione simile viene assunta da A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 304 ss., e dagli altri Autori che definiscono la cessione di cubatura come una fattispecie a formazione progressiva (per tutti, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 211, secondo cui il contratto di cessione di cubatura «si inserisce nel contesto di un procedimento amministrativo, di cui è uno dei presupposti»).

<sup>31</sup> Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., le quali, pur sottolineando «la dipendenza degli effetti pratici dell’atto di cessione di cubatura da un elemento estraneo, ma tutt’altro che secondario ed accidentale, all’atto costitutivo o traslativo in sé», rivalutano il «sostrato privatistico della cessione di cubatura, ricollocando l’effetto traslativo suo proprio nell’ambito dell’autonomia negoziale delle parti, non già del procedimento amministrativo».

<sup>24</sup> Così, E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. app.*, 2011, 1061 e S. FANTINI, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, in *giurisprudenza-amministrativa.it*, 2 ss.

<sup>25</sup> B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, 76.

<sup>26</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *La compensazione e l’incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, 72: ciò ha importanti ricadute sul piano pratico, in quanto – nel caso della cubatura perequativa – essa potrebbe essere ceduta per poi venire revocata in un secondo momento. Sul punto, cfr. successivo §4, relativamente allo *ius superveniens* e alle ricadute sulla cessione di cubatura.

<sup>27</sup> Come precisa B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 72 s., la differenza sta a livello genetico, essendo la cubatura perequativa un prodotto diretto del terreno, mentre quella compensativa o premiale viene assegnata solo in una successiva fase attuativa.



Una simile affermazione si giustifica, innanzitutto, sulla base delle connotazioni assunte dal c.d. *ius aedificandi*, che risulta ormai strettamente collegato al diritto di proprietà: a partire da una celebre pronuncia della Corte Costituzionale<sup>32</sup> si è assistito, infatti, ad una graduale erosione del principio secondo cui il potere di costruire sarebbe oggetto di una concessione da parte dello Stato, spostandosi tale prerogativa in capo al proprietario del fondo<sup>33</sup>. Se così è, appare naturale che l'eventuale negozio di cessione di diritti edificatori vada ad incidere su facoltà private. Tale impostazione è, del resto, coerente con quanto sopra osservato: il vero momento di esercizio del potere amministrativo si esplica, infatti, nell'attribuzione al privato della capacità edificatoria, quale rimozione di un limite pubblicistico all'esercizio dello *jus aedificandi*<sup>34</sup>. Una volta attribuita la cubatura, essa esce dalla disponibilità della p.a., per entrare definitivamente nel patrimonio del privato, che può disporre, al pari degli altri diritti presenti nel suo patrimonio<sup>35</sup>.

A livello sistematico, inoltre, assume una certa rilevanza l'ipotesi della c.d. cessione di cubatura "in volo"<sup>36</sup>, con cui il precedente acquirente della cuba-

tura rivende i diritti acquistati ad un terzo soggetto. All'interno di questa fattispecie, è chiaro come il primo acquirente della cubatura, pur non avendo richiesto il rilascio di alcun provvedimento autorizzativo alla pubblica amministrazione, risulti comunque titolare dei diritti edificatori, che può decidere sia di impiegare sul proprio fondo, sia di rivendere. Una cosa, dunque, è l'impiego della cubatura su un determinato fondo (in altre parole, il suo *sfruttamento edilizio*, per il quale è necessario il rilascio del permesso di costruire), mentre altro è il suo *sfruttamento economico* (potendo la cubatura essere utilizzata anche attraverso il suo semplice ritrasferimento, senza che in tale vicenda la p.a. possa assumere alcun ruolo)<sup>37</sup>.

La nostra analisi giunge, così, ad un primo risultato: il momento privatistico-traslativo della cessione di cubatura è da tenere ben distinto dalle vicende amministrative che lo circondano. Il contratto di cessione di cubatura risulta, pertanto, idoneo a dispiegare i propri effetti, attribuendo al privato – con efficacia reale<sup>38</sup> – la capacità edificatoria, oggetto del negozio. Il tutto, però, con un'importante avvertenza: tale visione non vuole in alcun modo "smembrare" il fenomeno che porta al rilascio del permesso di costruire, bensì valorizzarne le effettive peculiarità. All'interno di una simile fattispecie unitaria, infatti, il momento privatistico non può che risentire del *diverso e distinto* momento pubblicistico<sup>39</sup>: si

costruire maggiorato). Proprio questa immagine della volumetria "in volo" viene utilizzata nel caso in cui il primo acquirente dei diritti edificatori decida di rivenderli, senza cioè richiedere alcun permesso maggiorato sul proprio fondo: la cubatura può infatti essere oggetto di plurime cessioni, "atterrando" solo nel momento in cui il suo titolare ne chieda l'impiego sul proprio fondo. Cfr. sul punto, P. SIRENA, *op. ult. cit.*, 383 ss.

<sup>37</sup> Si veda, nuovamente, Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., secondo cui il rilascio del permesso di costruire costituisce «un elemento che concorre non al trasferimento in sé tra i privati della cubatura, quanto alla sua fruibilità in conformità alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie, alle quali il cessionario dovrà ispirarsi mediante la presentazione di un progetto edificatorio assentibile perché ad esse rispondente».

<sup>38</sup> È proprio questa la conclusione più rilevante della più recente Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., secondo cui il contratto di cessione di cubatura costituisce un «negozio ad effetti reali ex art. 1376 avente ad oggetto un diritto di natura non reale». Ad ogni modo, si vedrà successivamente (§§4-5) come sfruttamento economico ed edilizio risultino, tra loro, inscindibilmente legati, al punto da subordinare *risolutivamente* gli effetti (immediati) del trasferimento all'impossibilità di sfruttamento edilizio della cubatura. Il (futuro ed eventuale) rilascio del permesso di costruire costituisce, infatti, la principale (spesso unica) utilità discendente dalla titolarità della capacità edificatoria: conseguentemente, l'impossibilità di ottenere il suddetto titolo non può che riverberarsi sugli effetti del contratto, che ha trasferito la volumetria.

<sup>39</sup> Pur non avendo senso discorrere della *prevalenza* di un momento rispetto all'altro: in tal senso, S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, 16 s., la quale piuttosto osserva come «siffatta compenetrazione tra diritto privato e di-

<sup>32</sup> Corte Cost. 30 gennaio 1980, n. 5, in *Foro it.*, 1980, I, 273 ss., con nota di C.M. BARONE.

<sup>33</sup> A livello normativo, non può sottacersi l'osservazione che, a partire dal 2001, è scomparsa la dizione – contenuta nella precedente legge Bucalossi, l. 28.1.1977, n. 10 – di concessione edilizia (consistente nell'attribuzione di un diritto, originariamente non spettante al privato), a vantaggio della più accurata espressione "permesso di costruire", dove il concetto di permesso evoca la possibilità di esercitare un diritto già spettante al privato, rimuovendo – al pari di un' autorizzazione – semplicemente un limite al suo esercizio.

<sup>34</sup> Così, in epoca più risalente, A. TRABUCCHI, *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 49, a parere del quale la costruzione di un edificio presuppone la *concorrente* espressione della volontà privata e della volontà pubblica, con convergenza del potere statale (sul territorio in generale) e del potere privato (sullo specifico fondo). In particolare, a detta dell'Autore, il principale potere viene esercitato dal soggetto pubblico nel momento di emanazione dei piani urbanistici: successivamente, al momento del rilascio del titolo edilizio, il potere pubblico è, infatti, auto-vincolato dalla propria precedente espressione di volontà, dovendosi la pubblica amministrazione attenere a quanto previsto in precedenza nel piano.

<sup>35</sup> Così, Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., nella parte in cui si afferma che la cessione di cubatura costituisce «un atto di disposizione patrimoniale di estremo rilievo sul piano privatistico, nel suo risvolto sia giuridico (trattandosi pur sempre di comprimere ovvero incrementare la potestà edificatoria insita nel diritto di proprietà) sia economico (posto che non di rado il valore della cubatura assorbe ed esaurisce la massima parte del valore di mercato del suolo)». Tutt'al più, il potere della p.a. torna a "riespandersi" dopo la richiesta del titolo edilizio, a fronte della discrezionalità attribuita (*amplius, infra*, nt. 50).

<sup>36</sup> Utilizzando questa espressione, si fa riferimento al caso in cui la volumetria "decolla" da un determinato fondo (da cui la medesima origina) e si trova in "volo", in attesa di "atterrare" sul fondo nel quale sarà impiegata (col rilascio del permesso di

tratta, come si diceva poc'anzi, di una prima conclusione, i cui connotati e le cui ricadute pratiche saranno meglio chiarite nel prosieguo del lavoro.

### 3. L'oggetto della cessione di cubatura: *chance edificatoria, diritto reale o bene?*

La centralità assunta dal momento privatistico rende allora necessaria la costruzione di un regolamento coerente, che resti cioè fedele alle affermazioni sopra compiute, senza tradire le peculiarità che connotano la fattispecie descritta. In quest'ottica, preme chiarire, in via preliminare, qual è l'oggetto del negozio di cessione di cubatura.

Al riguardo, è necessario innanzitutto precisare come l'origine della capacità edificatoria (se, cioè, la stessa sia stata attribuita dalla p.a. con intento perequativo, compensativo o premiale) non abbia effetti sulla natura dei c.d. diritti edificatori. Gli stessi – seppur connotati da diversa origine<sup>40</sup> e disciplina, in particolare nel momento in cui vengono utilizzati per richiedere un permesso maggiorato – sono comunque connotati da un “nucleo” comune ed essenziale, che merita di essere esaminato al fine di comprenderne l'effettiva natura<sup>41</sup>.

Anche l'aspetto della qualificazione giuridica dei diritti edificatori costituisce argomento tradizionalmente trattato nell'analisi della cessione di cubatura: la questione costituisce, d'altro canto, la logica continuazione del ragionamento sopra svolto, sul rapporto tra negozio privato e procedimento amministrativo. Ciò si avverte chiaramente ove si noti come una prima tesi – volendo valorizzare lo strettissimo legame sussistente tra la circolazione priva-

tistica e la fase pubblicistica<sup>42</sup> – ritenga che oggetto della cessione di cubatura sia il medesimo *interesse legittimo* che il privato (prima il cedente e, successivamente, l'acquirente della volumetria) vanta nei confronti della pubblica amministrazione, relativamente al rilascio del permesso di costruire.

Così ragionando, la cubatura non sarebbe altro che l'estrinsecazione dell'interesse legittimo vantato nei confronti della pubblica amministrazione. Al fine di consentire a tale interesse legittimo di circolare, la medesima dottrina ha però avvertito la necessità di coniare la singolare figura della *chance edificatoria*<sup>43</sup>: *chance* da intendersi come «seria e concreta possibilità, esistente nel patrimonio di un soggetto, di conseguire un vantaggio o una utilità economica»<sup>44</sup>, e da tenere dunque ben distinta da una semplice aspettativa di fatto, che, in caso di lesione, non darebbe origine ad alcun diritto al risarcimento<sup>45</sup>.

Il coraggioso tentativo di compiere una sorta di *reductio ad unum* del fenomeno della cessione di cubatura rappresenta, allo stesso tempo, il pregio e il limite di tale tesi. Essa, infatti, è sicuramente apprezzabile proprio perché coglie l'unitarietà del complessivo fenomeno di circolazione della capacità edificatoria, sopra esaminato. Ciononostante, proprio tale aspetto viene eccessivamente enfatizzato dai sostenitori della tesi, i quali legano a doppio filo i due momenti della vicenda, limitandone la rispettiva autonomia. Questa presa di posizione nasconde, infatti, una (malcelata) preferenza per il momento amministrativo<sup>46</sup>, rispetto a quello privatistico: del resto, se la cubatura altro non è che un in-

ritto amministrativo, propria della cessione di cubatura e – come vedremo – della circolazione dei diritti edificatori, rappresenta un elemento di forte complessità e, insieme, un banco di privato con il quale devono misurarsi oggi gli studiosi per delineare regole e limiti al processo di contrattualizzazione dell'azione amministrativa nell'ottica del superamento della netta separazione tra diritto privato e diritto pubblico».

<sup>40</sup> Al riguardo, R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa, in Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, 36, il quale nota che, a differenza dell'ipotesi della perequazione, dove «c'è un collegamento genetico tra diritto e terreno (la qualità edificatoria è propria del terreno), nell'ipotesi di compensazione e di incentivazione può mancare il rapporto diretto anche nel momento genetico il diritto edificatorio essendo infatti attribuito dall'amministrazione quale corrispettivo per la cessione di un'area in seguito ad un intervento di riqualificazione, non costituendo quindi qualità intrinseca dell'area stessa».

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, § 2, spec. nt. 22.

<sup>42</sup> Così, B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 104, secondo cui l'interprete deve «muovere proprio dalla necessaria confluenza dell'accordo traslativo fra privati all'interno del più ampio procedimento edilizio per tentare una corretta qualificazione del contenuto della situazione giuridica soggettiva».

<sup>43</sup> Ritengono che la cubatura costituisca una *chance edificatoria*, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 212 ss., B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 106 ss., spec. 111, e A. BARTOLINI, *op. cit.*, 306.

<sup>44</sup> Così, B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 110, riprendendo quanto affermato da Cass. 29 novembre 2012, n. 21245, in *Banca dati DeJure*.

<sup>45</sup> Qualifica la *chance* come «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene», distinguendola così dalla mera aspettativa di fatto, Cass., sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Danno e resp.*, 2009, 1033 ss., con nota di G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*.

<sup>46</sup> Così B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 32 e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 211 ss., i quali, nel criticare le diverse soluzioni proposte in dottrina, lamentano – all'interno di queste ultime – la mancata centralità del momento amministrativo. Secondo entrambi gli Autori, infatti, la comprensione del fenomeno della cessione di cubatura dovrebbe partire dal riconoscere che, senza il rilascio del permesso di costruire, manca un'effettiva *utilitas*, connessa alla cubatura *ex se*.

teresse legittimo<sup>47</sup>, il momento privatistico assume una rilevanza minore rispetto all'aspetto pubblicistico, in quanto il privato non acquista alcuna utilità, in via definitiva, fintantoché non si sia concluso il procedimento amministrativo<sup>48</sup>.

Al contrario, l'attività della pubblica amministrazione non costituisce presupposto per l'acquisto del diritto in capo al privato (già creatosi con l'attribuzione della cubatura, tramite PRG o accor-

do), bensì condizione per il legittimo esercizio dello *ius aedificandi*<sup>49</sup>, che – come visto sopra – costituisce una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà del fondo<sup>50</sup>.

Proprio partendo da quest'ultimo assunto (diritto di edificare come inscindibilmente collegato alla titolarità del fondo), si è sostenuto che la cubatura rappresenti un vero e proprio diritto reale<sup>51</sup>: una vol-

<sup>47</sup> È peraltro dubbio se, una volta attribuita la cubatura al privato, la pubblica amministrazione sia obbligata al rilascio del permesso di costruire e, dunque, se, a livello amministrativo, la vicenda edilizia sia inquadrabile quale atto vincolato: sul punto, si tornerà a breve (nt. 50). Proprio la qualificazione in termini di atto vincolato (o meno) si ricollega alla problematica se la cubatura rappresenti, nei rapporti con la p.a., un interesse legittimo (così, R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, S. VINTI, *Appunti per un metodo di studio del permesso di costruire*, Roma, 1996, 36 ss., e, più recentemente, A. BARTOLINI, *op. cit.*, 306, e B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 106 ss.) o un diritto soggettivo, corrispondente ad un'attività vincolata e non discrezionale della p.a. (in tal senso, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 38, il quale parla, appunto, di «diritti soggettivi ad accertamento amministrativo», seguita da F. D'ANGELO, *op. cit.*, 83). La dottrina ormai prevalente critica l'idea per cui la sussistenza di un'attività vincolata sia alla base della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo: sul punto, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2017, 72 ss., spec. 80-95. Peraltro, oggigiorno è possibile sottolineare come una situazione di interesse legittimo non rappresenti un *minus*, rispetto al diritto soggettivo (al riguardo, si v. G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss., spec. 507 ss.).

L'idea di cubatura come interesse legittimo pare non convincere neppure Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., nella parte in cui la sentenza ritiene «il diritto di edificare insito nella proprietà del suolo, essendo dato all'Amministrazione soltanto di regolarne l'esercizio conformemente ai piani ed agli strumenti urbanistici di governo territoriale, non già di discrezionalmente costituirlo e neppure di trasferirlo da un privato all'altro».

<sup>48</sup> Così, già ante riforma, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645*, cit., 661 (posizione confermata post riforma, Id., *Trattato della trascrizione*, cit., 211): una simile affermazione porta con sé il rischio di ritenere la cessione di cubatura efficace solo *inter partes*, finché la p.a. non abbia proceduto al rilascio del permesso di costruire. Questa conclusione contrasterebbe, in maniera evidente, con l'introduzione dell'art. 2643, n. 2bis, c.c., volto piuttosto a rendere opponibile *erga omnes* la cessione di cubatura sin dalla sua stipula tra privati (a seguito della relativa trascrizione).

D'altra parte, i sostenitori di questa tesi – pur criticando coloro che fanno ricorso alla reificazione della cubatura o che ipotizzano la sussistenza di un diritto di credito dell'acquirente nei confronti dell'originario titolare della cubatura (B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 115 e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 211 ss.) – cadono nel medesimo equivoco, nel momento in cui “coniano” la peculiare figura della *chance* edificatoria, la quale circola «alla stessa stregua di un diritto di credito» (F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 214, ma anche B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 113), pur nascondendo al proprio interno un interesse legittimo.

<sup>49</sup> F. D'ANGELO, *op. cit.*, 86 e, prima ancora, A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 26.

<sup>50</sup> Arrivati a questo punto, viene naturale chiedersi quali siano i margini di discrezionalità, di cui gode la pubblica amministrazione nella concessione del permesso di costruire (richiesto dall'acquirente della cubatura). La tematica è stata affrontata recentemente da Cons. Stato 31 maggio 2022, n. 4417, in *Foro amm.*, 2022, II, 651; in *Foro it.*, 2022, III, 321; e in *Riv. giur. ed.*, 2022, III, 1057, che ha esaminato proprio il caso di diniego di titolo edilizio, richiesto dal cessionario di cubatura e relativo ad alcuni lavori di ristrutturazione di un appartamento. Al riguardo – oltre a interessanti spunti sul ruolo della cessione di cubatura – la sentenza contiene alcune indicazioni in merito ai margini di discrezionalità, spettanti alla p.a. in sede di diniego del permesso di costruire. Nello specifico, il Consiglio di Stato afferma che il Comune non solo avrebbe dovuto valutare l'omogeneità d'area territoriale e la contiguità dei fondi (essendo riconosciuta l'ammissibilità di «asservimenti riferiti ad aree, anche se non contigue sul piano fisico, vicine però in modo significativo») ma sarebbe stato altresì tenuto a verificare – ed è questa la parte più significativa della pronuncia – che l'incremento di volumetria non fosse tale da *incidere sui parametri urbanistici complessivi* (dovendo l'amministrazione valutare «i rapporti tra strumenti di pianificazione, densità edilizia territoriale, densità edilizia fondiaria e la necessità che l'indice di edificabilità sia rapportato all'effettiva superficie suscettibile di edificazione in modo da potere individuare la volumetria assensibile con il permesso di costruire») nonché sul «più generale equilibrio di piano» (corsivo aggiunto). In altri termini, la discrezionalità della p.a. (nel rilascio del permesso di costruire, anche a seguito di cessione di cubatura) sussiste, ed è legata agli aspetti inerenti alla cubatura *ex se* (quali l'origine della cubatura e la contiguità dei fondi di decollo e atterraggio, soprattutto ove si parli di diritti c.d. perequativi), nonché alla necessità di garantire la non-alterazione dell'equilibrio urbanistico della zona: conseguentemente, il Consiglio di Stato conferma la pronuncia del Tar, che aveva ritenuto illegittimo il diniego del Comune, per difetto di motivazione (non essendo «stato provato dal Comune alcuno squilibrio nei parametri urbanistici complessivi»).

Sul punto, v. altresì, B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1156, secondo cui «il procedimento al cui interno si situano i diritti edificatori non può non tenere conto degli affidamenti ingenerati, sicché non si sarebbe in presenza di una generica discrezionalità amministrativa, ossia del potere di rilasciare o negare il permesso di costruire in base a valutazioni di carattere generale, ma di discrezionalità tecnica, alla luce di modalità (tecniche) costruttive. In tal modo, il provvedimento di diniego dovrà essere sorretto da una motivazione particolarmente articolata ed esaustiva, senza riferimenti vaghi e sostanzialmente di stile, che finirebbero per ridurre l'iniziale vincolo al livello di una *condicio iuris* meramente potestativa».

<sup>51</sup> A seguito della riforma del 2011, la tesi è stata sostenuta, in particolare, da G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti*

ta accantonati i tentativi di ricondurla alle figure della superficie o della servitù prediale – come testimoniato anche dalla novella del 2011, che vuole dare alla fattispecie un'autonoma rilevanza<sup>52</sup> – è stata allora paventata la possibilità che la capacità edificatoria possa consistere in un nuovo diritto reale.

Anche in tal caso, però, non mancano gli argomenti per scartare una simile opzione interpretativa. In primo luogo, è possibile notare come la qualificazione in termini di “nuovo” diritto reale rischierebbe di contrastare col principio di tipicità degli stessi<sup>53</sup>: del resto, lo scarno n. 2bis dell'art. 2643 c.c. non è che un “embrione” di tipizzazione codicistica, in quanto al suo interno non è rintracciabile alcuna disciplina del (presunto) nuovo diritto reale tipico. Ancora, un altro argomento contrario a tale tesi è rappresentato dal fatto che la cubatura possa circolare autonomamente da un fondo, mancando cioè la necessaria inerenza che caratterizza i diritti reali<sup>54</sup>. In sostanza, si possono acquistare diritti edi-

di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni, Milano, 2012, 42 ss. In giurisprudenza (oltre alle più risalenti pronunce già citate alla nt. 9, che parlano espressamente di un diritto reale atipico), Cass. 14 maggio 2003, n. 7417, in *Mass. Giur. it.*, 2003, afferma che «la cubatura è una facoltà che inerisce al diritto di proprietà, avente dunque caratteristiche di diritto reale immobiliare».

<sup>52</sup> Escludono che la cubatura sia riconducibile al diritto di superficie o alle servitù prediali anche le Sezioni Unite del 2021 (Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit.). Non pienamente convincente è, però, uno degli argomenti utilizzati, al fine di escludere che la cessione di cubatura sia configurabile in termini di costituzione di servitù: la sentenza, in particolare, ritiene che (soprattutto in caso di capacità edificatoria d'origine perequativa) la necessaria appartenenza alla medesima zona urbanistica non sia tale da integrare il requisito della *vicinitas*, proprio delle servitù prediali. Mi pare, in realtà, che proprio l'appartenenza alla medesima zona urbanistica sia il suddetto requisito, da intendersi come *contiguità funzionale*, in quanto i due fondi si trovano geograficamente in una posizione tale da poter essere l'uno utile all'altro: in tal senso, per tutti, si veda R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 24, secondo cui la *vicinitas* «non è un requisito autonomo, ma in rapporto alla possibilità che si riconduce alla utilità». Piuttosto, il suddetto requisito potrebbe andare in crisi, in caso di cubatura acquisita in sede compensativa o premiale, dove – come si è visto – è possibile prescindere dall'appartenenza alla medesima zona urbanistica.

<sup>53</sup> Recentemente riaffermato, in tema di “uso esclusivo”, da Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Corr. giur.*, 2021, 1202 ss., con nota di V. NARDI, *La natura del diritto d'uso esclusivo di un bene comune in ambito condominiale: intervengono le Sezioni Unite*, e in *Giur. it.*, 2021, 549 ss., con nota di R. CALVO, *Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità*.

<sup>54</sup> Così, Cass., sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23092, cit., che sottolinea come, tra cubatura e fondo di “atterraggio” sussista soltanto «una connessione funzionale estrinseca e non ricostruibile in termini di realtà, dal momento che il diritto, o credito, edificatorio che dir si voglia - proprio per lo scopo compensativo e l'autonomia che gli sono coesenziali - non è inerente né immediatamente pertinente al fondo di partenza, di cui neppure

ficatori anche senza essere proprietari di un fondo sul quale esercitarli: possedere un fondo su cui utilizzare la cubatura rappresenta un requisito non tanto per l'acquisto della cubatura, quanto per il suo impiego, ai fini del rilascio del permesso maggiorato<sup>55</sup>.

I problemi sopra individuati – relativi sia all'autonomia del momento privatistico sia alla mancanza degli elementi per poter parlare di un vero e proprio diritto reale – potrebbero risolversi qualificando la cubatura come un bene a sé stante, autonomo rispetto al fondo da cui origina: secondo tale impostazione, saremmo di fronte ad un *bene immateriale avente origine immobiliare*<sup>56</sup>.

Si tratta, a ben vedere, della tesi che meglio si concilia con tutte le istanze in precedenza esaminate<sup>57</sup>: *reificare* la cubatura, rendendola un bene im-

costituisce una qualità intrinseca atta ad essere economicamente valorizzata solo nel trasferimento congiunto con esso».

<sup>55</sup> Osservazione che porta G. AMADIO, *op. cit.*, 51 ss., a parlare di un diritto reale *ad inerenza virtuale*, nel senso che «l'inerenza al bene su cui il diritto deve esercitarsi potrà essere immediata o differita rispetto all'acquisto (è quella che prima s'è denominata *inerenza virtuale*); essa incide sulla realizzabilità del diritto (cioè sull'esercizio in concreto della facoltà di sfruttamento edificatorio), ma non impedisce il perfezionarsi della fattispecie traslativa, come rivelato dalla previsione della trascrivibilità immediata dell'acquisto».

<sup>56</sup> Tesi sostenuta da S. MEUCCI, *op. cit.*, 74 ss., spec. 82 ss. e G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2012, 428 ss. Parla, altresì, di bene di creazione amministrativa, C. CAMARDI, *op. cit.*, 992 ss., spec. 1003 s. Da ultima, ritiene di poter risolvere la questione sulla natura giuridica della cubatura inquadrandola «in termini di teoria di beni di modo da mettere in evidenza capacità e utilità della cubatura», A. QUARTA, *Nell'occhio del ciclone: la qualificazione della cessione di cubatura tra effetti reali e natura obbligatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 400. Sulla natura *materiale o immateriale* del bene-cubatura, si v. inoltre A. ALAMANNI, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. impr.*, 2014, 666 ss., secondo cui la cubatura sarebbe un bene immateriale nella sua fase di «rappresentazione» (e, dunque, nella sua circolazione), ma non anche in fase di «attualizzazione» (potremmo dire, di sfruttamento).

<sup>57</sup> Né, d'altra parte, colgono nel segno le critiche, nel tempo rivolte a questa tesi. Innanzitutto, non pare senz'altro decisivo – come invece sostenuto da F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 209, e da G. AMADIO, *op. cit.*, 50 s. – il fatto che la volumetria abbia bisogno di un terreno (e, dunque, di un altro bene) per poter esplicare appieno la propria funzione. Se così fosse, infatti, il medesimo ragionamento potrebbe esser compiuto con qualsivoglia bene che – al fine di svolgere la propria funzione – debba essere posto a *pertinenza* di un altro (si pensi, ad esempio, al bottone di una camicia o al motore di una macchina): similmente, la cubatura – al fine di esplicare la propria funzione – potrà essere impiegata su un fondo, costituendo un *accessorio* del medesimo. Ancora, un'altra critica mossa a questa tesi è legata al fatto che, ove la cubatura fosse un bene, il n. 2bis dell'art. 2643 c.c. rappresenterebbe un'inutile superfetazione (così, da primo, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 208, seguito da R. QUADRI, *op. cit.*, 303 e G. AMADIO, *op. cit.*, 49), in quanto il bene-cubatura sarebbe oggetto di proprietà



materiale, consente alla stessa di avere un'autonoma dignità<sup>58</sup>, non essendo esclusivamente collegata all'interesse legittimo all'ottenimento del permesso di costruire maggiorato, ma esaltando così l'autonomia del momento privatistico-traslativo, rispetto al diverso (e distinto) momento amministrativo. Del resto, proprio l'osservazione per cui la cubatura possa rappresentare un'entità nella libera disponibilità del proprietario, e che potrà essere *sfruttata* sia attraverso la richiesta di un permesso di costruire maggiorato sia a prescindere da qualsivoglia fondo (attraverso la sua alienazione, in quanto dotata di un proprio valore di scambio), rende evidente come la stessa sia dotata di tutte le caratteristiche necessarie per poter essere definita come bene autonomo<sup>59</sup>.

e di altri diritti reali: dunque, gli atti aventi ad oggetto la proprietà di tale bene sarebbero già stati trascrivibili, ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c. Neanche questa affermazione coglie nel segno, in quanto la norma appena citata consente esclusivamente la trascrizione di atti riguardanti la proprietà (o altro diritto reale, ai sensi dei successivi numeri del medesimo articolo) di *beni immobili*. La cubatura – pur originando da un bene immobile – non ha natura immobiliare, bensì di bene immateriale (originante da un fondo): così ragionando, l'atto riguardante i diritti sul bene-cubatura non sarebbero senz'altro trascrivibili ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c. (o n. 10, in caso di conferimento in società). Pertanto, il numero 2bis mantiene ferma la propria utilità, individuabile nel consentire la trascrizione di un atto altrimenti non pubblicizzabile.

<sup>58</sup> Al pari di quanto avvenuto in tema di dati personali e di informazione, al fine di valorizzarne non tanto la patrimonialità, quanto piuttosto la necessità di accordarvi una «protezione in funzione dell'utilità e dell'utilizzabilità» (così, P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 329). In tale prospettiva, G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, 56, avanza l'ipotesi che, «se si adotta una nozione di bene (immateriale) che prescinda da una sua valutazione patrimoniale e da una sua circolazione nel mercato, si può anche ammettere la qualifica dei dati personali come beni senza risolvere il problema dell'attribuzione della risorsa che genera ricchezza». Nega, invece, che i dati personali costituiscano beni, A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 298, in quanto mancherebbe – nella coscienza sociale – una consapevolezza dei dati personali quale merce di scambio.

<sup>59</sup> Pur non essendo questa la sede per ripercorre la questione relativa alla definizione di bene giuridico, sul punto ci si limita qui a rimandare alle riflessioni di F. PIRAINO, *op. cit.*, 459 ss., spec. 483 s., secondo cui «il minimo cosale è rappresentato però dall'attitudine dell'entità allo sfruttamento individuale o collettivo o civile», inteso come capacità di produrre benefici ricondotti al godimento o alla negoziabilità del bene: tali requisiti paiono entrambi ravvisabili in capo al bene-cubatura.

I diritti edificatori sarebbero qualificabili come beni, anche volendo aderire alla diversa visione proposta da M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 168, secondo cui «rientra nel campo di regolazione della funzione attributiva non ciò che è utile, limitato, ecc., ma tutto ciò che, utile o effimero, limitato o abbondante, è storicamente in grado di incontrare una domanda, ossia non qualsiasi entità abbia valore d'uso ma solo i valori d'uso suscettivi di assumere la forma del valore di scambio».

Dall'altro lato, però, una simile qualificazione valorizza adeguatamente anche le peculiarità della fattispecie, esaminate al precedente paragrafo: la cubatura come bene, infatti, non viene vista come una “monade” – isolata dal resto del procedimento amministrativo, in cui si esplica la vicenda edificatoria – bensì come un bene che assolve la propria principale (seppur non unica) funzione in correlazione all'attività della p.a.<sup>60</sup>. In altre parole, il bene-cubatura, seppur dotato di una propria dimensione privatistica, risulta comunque *collegato* – soprattutto nella disciplina negoziale, che verrà esaminata nel prossimo paragrafo – al rilascio del permesso di costruire, che costituisce in ogni caso il fine-ultimo dell'intera vicenda circolatoria della cubatura<sup>61</sup>.

Una simile conclusione pare, infine, coerente anche ove raffrontata con l'esperienza giuridica statunitense, da cui il nostro ordinamento ha mutuato il fenomeno della cessione di cubatura<sup>62</sup>: in questa disciplina di *common law*, infatti, i c.d. *transferable development rights* vengono qualificati quali beni immateriali, legati alla dissociazione tra lo *ius edificandi* ed il diritto di proprietà sul suolo<sup>63</sup>, consentendo così l'autonoma circolazione della capacità edificatoria. Anche nel nostro ordinamento, dunque, la capacità edificatoria può circolare alla stregua di un bene immateriale, le cui peculiarità – legate all'inscindibile collegamento col procedimento amministrativo – si riverberano, però, sugli effetti del contratto, il cui contenuto può essere ora esaminato con maggiore consapevolezza<sup>64</sup>.

Sulla teoria dei beni in generale, *ex multis*, si vedano S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 172 e, più recentemente, T.O. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, 12 ss.

<sup>60</sup> Logica conseguenza della «definitiva rottura dell'inerenza tra la volumetria edificabile e il suolo, e [del]l'espressa previsione della circolazione del diritto edificatorio autonomamente dall'esistenza di (e da un diritto su) un suolo, e indipendentemente dalla concreta edificabilità di un suolo (in quanto spesso creato dai Comuni per se stessi e/o in funzione incentivante e premiale)» (così, C. CAMARDI, *op. cit.*, 1005).

<sup>61</sup> Il successivo momento amministrativo ha, dunque, una rilevanza non tanto a livello di *qualificazione* giuridica della cubatura, quanto – soprattutto – in tema di *effetti* espliciti dalla cubatura medesima (e dalle sue vicende circolatorie): nei medesimi termini, F. D'ANGELO, *op. cit.*, 85 s., (riprendendo le riflessioni di L. FERRARA, *op. cit.*, 44) secondo cui «una cosa, quindi, è ritenere che l'atto amministrativo sia costitutivo del diritto, altra è ritenere che esso “faccia venire in essere gli effetti” del diritto (potere di costituire gli effetti)».

<sup>62</sup> Cfr. *supra*, nt. 3.

<sup>63</sup> Si ricorda, infatti, che nei paesi di *common law* la proprietà fondiaria è solitamente vista come un fascio di diritti, scorporabili e negoziati indipendentemente dalla proprietà medesima. Sul punto, *amplius*, F. D'ANGELO, *op. cit.*, 89 ss., anche per ulteriori riferimenti alla diversa esperienza francese.

<sup>64</sup> Per quanto sopra osservato, sorprende come Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., – nel trattare della cessione di cuba-

#### 4. La gestione dei rischi nella circolazione dei diritti edificatori: criticità (e prime risposte).

L'aspetto collegato alla gestione dei rischi – derivanti dal contratto di cessione di cubatura – rappresenta, a tutti gli effetti, l'ambito maggiormente inesplorato della fattispecie: ciononostante, esso costituisce anche il vero banco di prova delle conclusioni a cui si è giunti sopra, le quali risulterebbero inconsistenti ove non si giungesse – partendo dalle stesse – ad una soluzione (coerente col sistema) di questa problematica. Un simile compito non può che spettare all'interprete<sup>65</sup>, in quanto né il legislatore (con lo scarno art. 2643, n. 2bis, c.c., con cui ci si limita a stabilire la semplice trascrivibilità del contratto) né – più sorprendentemente – la recente giurisprudenza<sup>66</sup> sono riusciti nell'intento di fornire risposte, adeguate alle esigenze palesate dal contratto in esame e capaci di contemperare tutti gli interessi ravvisabili nella vicenda circolatoria della capacità edificatoria.

Partiamo dalla constatazione di un dato ovvio, per poi passare agli aspetti di maggiore criticità. Gli effetti prodotti dal contratto di cessione di cubatura

– non compiano alcuno sforzo qualificatorio, preferendo adottare un approccio “per esclusione”: la sentenza si limita, infatti, a negare espressamente che i diritti edificatori costituiscono diritti reali (definendo la cessione di cubatura un *negozio ad effetti reali ex art. 1376 avente ad oggetto un diritto di natura non reale*), senza fornire un'adeguata qualificazione della cubatura *ex se*. A ben vedere, le Sezioni Unite escludono altresì che la cubatura possa costituire un bene autonomo: a tale conclusione non si giunge tanto leggendo gli scarni riferimenti contenuti nella motivazione, quanto ragionando proprio sul suddetto principio di diritto. Ove la capacità edificatoria fosse un bene immateriale, l'atto di cessione dovrebbe necessariamente trasferire la proprietà del bene cubatura, e, dunque, proprio un diritto reale su tale bene immateriale. Tuttavia, una simile conclusione potrebbe esser riletta, assumendo una prospettiva *esclusivamente* di carattere fiscale (essendo la Corte chiamata a risolvere esclusivamente una problematica tributaria, e non civilistica). In altri termini, si potrebbe sostenere che le Sezioni Unite si limitino ad escludere la natura di *diritto reale* della cubatura (evenienza che renderebbe la sua cessione soggetta all'aliquota del 9%, di cui all'art. 1, tariffa I parte I, d.p.r. 26.4.1986, n. 131), senza d'altro canto scartare l'opzione che individua nella cubatura un *bene non immobiliare* (il cui trasferimento sarebbe, invece, sottoposto all'aliquota “residuale” del 3%, ai sensi del medesimo d.p.r. 131/1986, come sostenuto dalla sentenza e al pari di quanto avverrebbe ove l'atto trasferisse un diritto di natura personale).

<sup>65</sup> In tal senso anche R. QUADRI, *op. cit.*, 323.

<sup>66</sup> Infatti, Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., ignora totalmente questo aspetto: l'unica attenuante a tale omissione è rintracciabile nella natura tributaria della sentenza, che nasce al fine di risolvere i contrasti, creati in seno alle sezioni della medesima Corte, e relativi alla tassazione dell'atto di cessione di cubatura.

sono – come pare ormai assodato – reali: a prescindere che la cubatura sia qualificata in termini di *chance* edificatoria, di diritto reale o (come pare più ragionevole) di bene autonomo, il contratto che *trasferisce* tali diritti (sia che si tratti di un diritto reale<sup>67</sup> sia di un “altro diritto”) rientra senz'altro nell'ambito di applicazione dell'art. 1376 c.c.<sup>68</sup>. Il primo effetto prodotto dal contratto è dunque rappresentato dall'immediato trasferimento dei diritti connessi alla capacità edificatoria, il tutto attraverso il solo consenso delle parti, e senza che a tal fine risulti necessaria la richiesta del permesso di costruire da parte dell'acquirente<sup>69</sup>.

Fin qui, la disciplina della cessione di cubatura non pare presentare particolari criticità, essendoci limitati a trarre le dovute conseguenze dai ragionamenti sopra svolti. La questione più insidiosa si annida, piuttosto, nella necessità di disciplinare *i rischi* connessi alla circolazione della cubatura: se la prestazione principale del contratto di cessione di cubatura consiste nel trasferimento della stessa, non può infatti ignorarsi che il bene-cubatura è destinato ad esplicare appieno la propria funzione solo col rilascio del permesso di costruire. Entrambe le parti del contratto, infatti, sono ben consapevoli che lo stesso è volto – in ultima istanza – a consentire all'acquirente (e ai suoi eventuali aventi causa) di ottenere il rilascio di un permesso di costruire maggiorato.

Nella richiesta del permesso di costruire maggiorato, però, si nasconde la possibilità che la pubblica amministrazione (per qualsivoglia motivo, non imputabile al compratore<sup>70</sup>) non rilasci il titolo edilizio

<sup>67</sup> E ciò si verifica sia ove si inquadri la cubatura nell'ambito dei diritti reali sia ove la stessa sia vista quale nuovo bene: in quest'ultimo caso, in particolare, il contratto di cessione avrebbe ad oggetto il trasferimento del diritto di proprietà sul bene-cubatura.

<sup>68</sup> In realtà, tale conclusione è maggiormente dubbia per i sostenitori della qualifica di *chance* edificatoria: infatti, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 211, parla di contratto ad effetti meramente obbligatori. Diversamente, la ricostruzione di B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 108 ss., pare invece sostenere la realtà agli effetti del contratto di cessione della c.d. *chance edificatoria*.

<sup>69</sup> L'efficacia reale del contratto di cessione di cubatura è anche la principale conclusione a cui addivene Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit.

<sup>70</sup> Come sopra esaminato, alla nt. 50, sussiste in capo alla p.a. una discrezionalità, relativa al rilascio (o al diniego) del permesso di costruire. In questo ambito, il titolo edilizio potrebbe essere negato ove si richieda di impiegare la volumetria oltre i suoi limiti (di destinazione o spaziali) ovvero per una trasformazione incidente sui parametri urbanistici complessivi, o contraria all'equilibrio di piano (cfr. *supra*, Cons. Stato 31 maggio 2022, n. 4417, cit.): in tali ipotesi, diviene tuttavia necessario comprendere (di volta in volta) se il diniego del permesso sia imputabile ad una negligenza del richiedente (si pensi, ad es., all'acquirente che richieda il permesso per un'opera palesemen-



richiestole. A parte le ovvie riflessioni legate alla natura (vincolata o meno) dell'attività amministrativa<sup>71</sup>, tale aspetto fa luce sul principale rischio collegato alla cessione di cubatura, connesso, appunto, ad un eventuale diniego della p.a. in sede di rilascio del permesso di costruire.

Al fine di risolvere tale questione, si sarebbe – in prima battuta – tentati di applicare le norme in tema di contratto in generale o, meglio ancora, in tema di compravendita, in quanto il trasferimento di cubatura (effettuato a fronte di un prezzo in danaro) altro non è se non un contratto di vendita, avente ad oggetto il trasferimento del bene sopra esaminato. Ad una più attenta riflessione, però, l'interprete rimane spiazzato nel constatare la difficoltà di adattare entrambe le normative – tanto quella sulla vendita, quanto quella sul contratto in generale – ai rischi connessi alla cessione di cubatura.

Non sussistono, innanzitutto, i presupposti per ricorrere alla garanzia per vizi e per evizione, propria dei contratti di compravendita, in quanto è a tal fine necessario che qualsivoglia vizio (materiale o giuridico) pre-esista alla conclusione del contratto (*rectius*, al prodursi dell'effetto traslativo)<sup>72</sup>: diversamente, nel caso del mancato rilascio del permesso di costruire, l'evento che svuota la cubatura della propria utilità si verifica successivamente al trasferimento della stessa. Ciò preclude, nel caso di specie, di configurare un vizio del bene(-cubatura) compravenduto, riconducibile al diniego opposto dalla p.a. al rilascio del titolo edilizio.

te contraria al piano regolatore) ovvero ad un semplice esercizio della discrezionalità, spettante all'amministrazione locale. Oltre ai casi appena esaminati (che paiono comunque rappresentare l'ipotesi più frequente nella prassi, come la recente sentenza del Consiglio di Stato dimostra), un diniego del permesso di costruire potrebbe altresì verificarsi nel caso di soppressione delle volumetrie concesse, e dunque ove la pubblica amministrazione revochi i diritti edificatori assegnati in sede perequativa, in ragione di un interesse di diritto pubblico. Questo vale prevalentemente per la volumetria concessa a scopo perequativo, in quanto la dottrina prevalente (sopra citata alla nt. 26) esclude che i crediti edilizi attribuiti con funzione compensativa o premiale possano essere revocati a seguito della revisione del PRG. Sul problema dello *ius superveniens* nella vicenda edificatoria, si v. MAU. RENNA, *L'esperienza della Lombardia, in Governo e mercato dei diritti edificatori*, a cura di A. Maltoni e A. Bartolini, Napoli, 2009, 85.

<sup>71</sup> Cfr. *supra*, nt. 47 e 50.

<sup>72</sup> In tal senso, per tutti, A. LUMINOSO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 416 e D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2<sup>a</sup> ed. (rist.), 1971, 674 ss. Di diverso avviso, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1993, 838 ss., il quale – sulla base della (asserita) natura obbligatoria della garanzia prestata dal venditore – ritiene che la violazione dell'obbligo traslativo possa essere anche successivo alla stipula del contratto.

Né, d'altro canto, è possibile far ricorso alle risoluzioni codicistiche sul contratto in generale, in quanto la *prestazione contrattuale*, costituita dal trasferimento della capacità edificatoria, viene immediatamente eseguita col consenso del dante causa, da solo sufficiente e necessario a trasferire la cubatura *ex se*. Nel momento in cui si prende atto degli effetti reali del negozio di cessione di cubatura, vengono *in nuce* esclusi tanto la possibilità di configurare un inadempimento della prestazione traslativa<sup>73</sup> (escludendo così il ricorrere della risoluzione per inadempimento), quanto un eventuale ricorso al rimedio dell'impossibilità sopravvenuta (essendosi già verificato l'effetto traslativo, dedotto in contratto<sup>74</sup>).

<sup>73</sup> Prestazione traslativa che viene, infatti, eseguita fin dalla conclusione del contratto, col solo consenso di entrambe le parti. Come si vedrà meglio di seguito (§5), è più convincente inquadrare gli eventuali comportamenti fraudolenti del venditore, il quale non cooperasse per il rilascio del permesso di costruire maggiorato (e, dunque, per l'avveramento della condizione), come inadempimenti dell'obbligo di agire secondo buona fede in pendenza della condizione, previsto dall'art. 1358 c.c. Anche in questo caso, dunque, la risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c. non potrebbe trovare applicazione: ragionando diversamente, si rischierebbe un'indebita sovrapposizione tra il piano "tutelato" dalla condizione e quello degli obblighi scaturiti dal contratto (rischio denunciato da D. CARUSI, *Condizione e termini, in Trattato del contratto. III. Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2022, 322). In altre parole – per far ricorso alla risoluzione *ex art.* 1453 c.c. – l'unico *escamotage* sarebbe rappresentato dal ritenere (erroneamente) che l'oggetto del contratto fosse non il trasferimento della capacità edificatoria, bensì l'ottenimento del permesso di costruire da parte della p.a. In tal caso, il "venditore" si obbligherebbe a procurare al compratore il rilascio del titolo edilizio, attraverso una sorta di promessa del fatto del terzo, relativa al comportamento della p.a., *ex art.* 1381 c.c. (sul punto, si v. la successiva nt. 74).

<sup>74</sup> Salvo, nuovamente, ritenere che il negozio produca effetti obbligatori (leggasi, ponga a carico del "venditore" l'obbligo di procurare il rilascio del permesso di costruire): si tratterebbe, allora, di promessa del fatto del terzo e, dunque, ove il terzo non svolga la prestazione promessa (da altri), si sarebbe comunque di fronte ad un inadempimento a carico del promittente. Sulla distribuzione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta, in presenza di promessa del fatto del terzo, si v. N. RIZZO, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 49 s., il quale distingue i casi in cui una promessa venga ricondotta nell'alveo della fideiussione ovvero dell'art. 1381 c.c.: la differenza rileva sotto diversi aspetti, tra cui le eccezioni proponibili da parte del promittente, ovvero il fatto che «mentre nella fideiussione il creditore può ottenere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione garantita, indipendentemente dal fatto che il terzo si sia già reso inadempiente, nella promessa del fatto altrui il promittente dovrà l'indennizzo solo quando risulti la mancata esecuzione della prestazione da parte del terzo». Ancora, ulteriore differenza è legata al fatto che il fideiussore è tenuto all'adempimento dell'obbligazione garantita, mentre il promittente *ex art.* 1381 c.c. è tenuto al solo indennizzo, in caso di mancato avveramento del fatto promesso.

La lettura che riconduce la cessione di cubatura nell'alveo della promessa del fatto altrui non può, tuttavia, convincere. *In primis*, ciò sarebbe incompatibile col (sopra affermato) effetto rea-

Di conseguenza, dovrebbe (a rigore) trovare applicazione l'art. 1465 c.c., che reca il noto principio del *res perit domino*<sup>75</sup> e pone così a completo carico dell'acquirente il rischio del perimento del bene (ivi incluso quello legato al mancato rilascio del permesso di costruire da parte della pubblica amministrazione): una simile risposta non può convincere appieno<sup>76</sup>. Sostenere, infatti, che l'intero rischio – connesso al mancato rilascio del permesso di costruire – sia addossato in capo all'acquirente rappresenta una soluzione insoddisfacente, in quanto ignora non solo il regolamento negoziale, costruito dalle parti, ma anche le innegabili peculiarità della vicen-

le del contratto. *In secundis*, l'indennizzo, a cui il promittente sarebbe tenuto (ove la p.a. non rilasci il titolo edilizio), potrebbe essere inadeguato a tutelare il compratore dai rischi assunti.

<sup>75</sup> Su tale principio, cfr. F. AZZARRI, *Res perit domino e diritto europeo. La frantumazione del dogma*, Torino, 2014, 163 ss. Il legislatore individua, infatti, «nel criterio formale del “trasferimento della proprietà” un modello di allocazione del rischio del perimento del bene oggetto della prestazione traslativa, che trova il suo immediato referente normativo nell'art. 1465 e, specularmente, nell'art. 1376» (così, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto. V. Rimedi. 2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2022, 854).

<sup>76</sup> Di tale evenienza si è accorta anche quella (a dire il vero, sparuta) dottrina che ha trattato il problema: si v. A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici ed al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, 223, secondo cui «la scarsa trasparenza e la, incompressibile discrezionalità, che caratterizza i procedimenti amministrativi in materia urbanistica, è naturale fonte di infiniti sospetti in caso di obbiettivo insuccesso dell'operazione programmata. Un modesto realismo suggerisce che l'*accipiens* deluso sarà facilmente indotto ad attribuire la condotta ambigua del *tradens*, almeno una parziale responsabilità del fallimento». Al fine di risolvere tale problematica, l'Autrice – fornendo una visione sostanzialmente obbligatoria della cessione di volumetria – ritiene che, ove il mancato rilascio del titolo derivi da un inadempimento del *tradens*, sia necessario far ricorso alle norme in tema di ingiustificato arricchimento. Al contrario, ove sia l'amministrazione locale a rifiutare il rilascio del titolo (senza che a ciò concorra il c.d. *tradens*), non vi sarebbe spazio per l'utilizzo di alcun rimedio, escludendo – nello specifico – la configurabilità di un'impossibilità sopravvenuta.

Diversamente, R. QUADRI, *op. cit.*, 323 ss., spec. 325, ritiene possibile utilizzare le norme in tema di cessione del credito, ammettendo che le parti concordino che il cedente sia tenuto a garantire il rilascio del permesso da parte della pubblica amministrazione, con un meccanismo che richiama quanto previsto dall'art. 1267 c.c. Ciononostante tale soluzione non convince appieno, per un duplice ordine di motivi. *In primis*, in quanto manca – nei confronti della p.a. – un vero e proprio diritto di credito, vantato dal cessionario della capacità edificatoria. *In secundis*, poiché – a detta dell'Autore – la garanzia ex art. 1267 c.c. dovrebbe essere espressamente pattuita dalle parti, addossando così il suddetto rischio in capo al cessionario, in caso di silenzio del contratto.

Sul punto, si veda altresì G.M. UDA, *Profili civilistici della circolazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2015, 1253, nt. 117, che avanza l'ipotesi che il mancato rilascio del permesso sia inquadrabile quale presupposizione o *condizione risolutiva* del negozio di cessione.

da edificatoria. Slegare completamente gli effetti della cessione di cubatura dal successivo rilascio del permesso di costruire equivarrebbe, infatti, ad ignorare l'*unitarietà* della fattispecie, che si è sopra tentato di dimostrare<sup>77</sup>.

Piuttosto, mi pare che la questione debba esser risolta avendo riguardo proprio alle caratteristiche della fattispecie e, nello specifico, all'*oggetto del contratto*, costituito dalla cubatura *ex se*. Come si diceva sopra, infatti, tali peculiarità non si riflettono tanto sulla qualificazione del bene-cubatura, quanto sulle vicende (e, dunque, sugli effetti) del negozio di cessione di detto bene. Il fatto di inserire – all'interno di un contratto di vendita, di permuta o di altro tipo – un bene peculiare, quale la volumetria, comporta che *gli effetti del negozio si conformino alla particolare natura dei diritti edificatori, oggetto del trasferimento*<sup>78</sup>.

Così ragionando, il momento privatistico – pur essendo *ex se* idoneo a determinare il trasferimento della cubatura – dovrebbe necessariamente risentire della natura dei diritti trasferiti e, dunque, l'effetto traslativo verrebbe meno ove il Comune non rilasci il permesso di costruire maggiorato (per motivi non imputabili all'acquirente medesimo<sup>79</sup>). Il meccanismo appena descritto opererebbe alla stregua di una *condizione risolutiva di diritto*, la quale non dovrebbe, dunque, essere espressamente inserita all'interno del regolamento contrattuale, essendo, al

<sup>77</sup> Non è un caso, infatti, che (anteriormente alla riforma del 2011) numerose ricostruzioni – a prescindere che la cessione di cubatura fosse qualificata in termini di costituzione di servitù (G. PICCO-A.M. MAROCCO, *op. cit.*, 632), di mero d'atto d'obbligo (N.A. CIMMINO, *op. cit.*, 1138), ovvero di convenzione tra privati e Comune (P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 387 s.) – parlassero di un negozio subordinato alla *condicio iuris* (spesso, a dire il vero, sospensiva) legata alla concessione del titolo edilizio da parte della pubblica amministrazione. Tale presa di posizione – se, da un lato, palesava le incertezze che all'epoca circondavano il negozio di cessione di cubatura, in mancanza di indicazioni legislative al riguardo – rendeva evidente, dall'altro lato, l'esigenza comune di tutelare il compratore per il caso di mancato rilascio del permesso di costruire da parte dell'amministrazione locale.

<sup>78</sup> Del resto, anche la Sezioni Unite del 2021 (Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit.) evidenziano «la dipendenza degli effetti pratici dell'atto di cessione di cubatura da un elemento estraneo, ma tutt'altro che secondario ed accidentale, all'atto costitutivo o traslativo in sé», quale il rilascio del permesso di costruire maggiorato.

<sup>79</sup> Si pensi al caso in cui l'acquirente – pur avendo acquistato la cubatura – non chieda successivamente il rilascio del permesso di costruire, oppure chieda di utilizzare la volumetria per un'opera palesemente difforme dal piano regolatore (senza che *medio tempore* siano intervenute modifiche allo stesso): in tal caso, è la condotta dell'acquirente a svuotare di utilità la cubatura, e dunque pare corretto ritenere che costui sopporti le conseguenze derivanti dal proprio comportamento.

contrario, implicita nel momento in cui le parti deducono in contratto il trasferimento della cubatura<sup>80</sup>.

In definitiva, solo una simile lettura pare giungere ad una corretta allocazione del rischio contrattuale<sup>81</sup>, relativo alla possibilità che il procedimento amministrativo non produca il risultato sperato: all'interno della cessione di cubatura, il collegamento tra negozio privatistico e fase amministrativa si riverbera sull'effetto traslativo, che è sì prodotto dal solo consenso delle parti, ma che viene meno ove la prestazione del venditore perda *in toto* la propria

utilità<sup>82</sup>, a fronte di una sopravvenienza *connaturata nell'oggetto del contratto*. Salva una diversa convenzione<sup>83</sup>, a seguito del diniego opposto dalla pubblica amministrazione al rilascio del permesso di costruire, il negozio di cessione della cubatura viene dunque integralmente spogliato dei propri effetti, attraverso un meccanismo condizionale volto a ripristinare un corretto equilibrio tra le parti, e derivante *in primis* dalle peculiarità dell'oggetto del contratto medesimo<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Si sarebbe, al riguardo, tentati di fare ricorso alla figura della presupposizione. Del resto, l'attività della p.a. è da sempre uno dei più classici esempi addotti al fine di spiegare tale (discussa) figura: si pensi al caso in cui le parti concludano una compravendita di un terreno sul presupposto della sua edificabilità, ma successivamente il terreno non diventi edificabile. Oltre ai dubbi legati all'operare della presupposizione (in termini di invalidità o inefficacia del contratto: per la più recente ricostruzione del problema, si v. A.M. BENEDETTI, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir., I tematici. Il contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 889 ss.), ciò che spinge a preferire l'ipotesi della *condicio iuris risolutiva* è la constatazione che il venir meno del negozio non pare collegato (soltanto) alla presunta volontà delle parti, quanto piuttosto all'oggetto dedotto nel contratto, il quale *naturalmente* (e salvo diversa disposizione) comporta il venir meno degli effetti contrattuali, ove il fine-ultimo del negozio (il rilascio del permesso di costruire) non sia realizzabile.

La fattispecie può, per certi versi, presentare affinità anche con la c.d. cessione di aspettativa (al riguardo, cfr. U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, Napoli, 1995, 13 ss.): al pari di tale fattispecie, si assiste, infatti, ad un immediato effetto traslativo (*ivi*, 263), finalizzato all'ottenimento di una futura utilità. Ciononostante, non può parlarsi di un trasferimento di aspettativa *stricto sensu*, in quanto, così inquadrata, la cessione di cubatura perderebbe della propria autonomia (sopra dimostrata), essendo esclusivamente finalizzata all'acquisto di un bene "finale" (da individuare, peraltro, nel permesso di costruire – *ex se* intrasferibile, potendo essere ceduto solo unitamente al fondo a cui si riferisce, *ex art. 11, 2° co., d.p.r. 6.6.2001, n. 380* – e non nella costruzione finale). In altri termini, parlare di trasferimento di un'aspettativa equivarrebbe ad avvicinare il negozio ad una compravendita di bene futuro: l'equivoco (legato all'impossibilità di sovrapporre le due fattispecie) è presto svelato nel momento in cui si nota che quest'ultimo negozio è condizionato sospensivamente alla venuta ad esistenza del bene futuro (che è, dunque, *suscettibile di venire ad esistenza*); diversamente, la cubatura è *suscettibile di venir meno*, ove la p.a. neghi il rilascio del permesso maggiorato. Qualifica la cessione di cubatura in termini di aspettativa reale, A. BOVA, *op. cit.*, 163 ss., mentre parla di «legittima aspettativa di diritto», vantata dal titolare della volumetria, B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, cit., 1157: la tesi è recentemente criticata da P. SIRENA, *Effetti del contratto*, in *Trattato del contratto. III. Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2022, 23.

<sup>81</sup> Rischio – insito nel procedimento che porta al rilascio del permesso di costruire – che *rimane* in capo al cedente, che ne è titolare fin dall'inizio (vale a dire, sin dal momento in cui gli viene attribuita la volumetria). In caso di diniego opposto dalla pubblica amministrazione (e non imputabile al compratore), il cedente torna titolare della cubatura trasferita, ed è altresì tenuto alla restituzione del prezzo al cessionario, ond'evitare che si verifichi un ingiustificato arricchimento in suo favore.

<sup>82</sup> Infatti, a seguito del diniego opposto dalla pubblica amministrazione e non imputabile al titolare della cubatura (non dovuta, ad esempio, ad una difformità del progetto presentato rispetto al piano urbanistico: cfr. *supra*, nt. 79), non solo sarà impossibile *costruire* sulla base di tale capacità edificatoria, ma sarà altresì improbabile riuscire a *rivendere* la cubatura: il mancato rilascio del permesso dipenderà – di regola, e come sopra visto – dalle norme urbanistiche in vigore ovvero da un esercizio (in negativo) della discrezionalità spettante alla p.a. Pertanto, non solo la cubatura non potrebbe essere sfruttata a livello edilizio, ma la stessa non potrebbe ulteriormente circolare, in quanto ben difficilmente un soggetto si assumerà il rischio di acquisire tale volumetria, inutilizzabile per il suo scopo principale (l'ottenimento del titolo edilizio). In senso difforme, D. FAUCEGLIA, *Note in tema di circolazione del "bene" cubatura*, in *Riv. not.*, 2022, 192 s., secondo cui «in caso di mancato permesso di costruire riferito ad una cubatura maggiorata, il cessionario resterebbe titolare di un diritto edificatorio che, pur non potendo essere oggetto di realizzazione (con la costruzione dell'opera), potrebbe ulteriormente circolare nel mercato». Tale opinione, oltre ad ignorare le difficoltà fattuali nel rivendere una cubatura per cui la pubblica amministrazione abbia già negato il rilascio del permesso di costruire, trascura altresì il regolamento negoziale predisposto dalle parti, ben consapevoli che il trasferimento della cubatura è finalizzato, in ultima istanza, all'ottenimento di un permesso di costruire maggiorato (e non ha, invece, un intento speculativo, salvo che ciò sia espressamente pattuito: cfr. *infra*, nt. 83).

<sup>83</sup> Nulla vieta, infatti, che le parti convengano una cessione di cubatura "a rischio e pericolo" del compratore, nella quale, cioè, quest'ultimo si assuma il rischio che il Comune non rilasci il permesso di costruire maggiorato, escludendo qualsivoglia garanzia da parte del venditore (nei limiti, s'intende, dell'art. 1229 c.c.), al fine di ottenere condizioni economiche più vantaggiose (da individuare, banalmente, in un minor prezzo d'acquisto) per l'acquisto della volumetria. Così facendo, la cessione di cubatura assumerebbe un connotato *aleatorio*, nel senso che il contratto sarebbe caratterizzato dal rischio, assunto dal compratore, di vedere integralmente svuotata d'utilità (economica e giuridica) la prestazione dedotta in contratto.

<sup>84</sup> Anche sotto questo aspetto, dunque, il meccanismo in esame si differenzia, in parte, dalla presupposizione, al cui interno (come ben evidenziato da F. MACARIO, *op. cit.*, 822) si assiste ad una «costante tensione dialettica tra sopravvenienza contrattuale e buona fede, con conseguente risoluzione o inefficacia, senza che la giurisprudenza abbia cura di specificare la *ratio* sottesa alla logica per cui la buona fede deve giuridicizzare un interesse irrilevante e soprattutto la portata della stessa». Diversamente, nel caso della cessione di cubatura (ed a prescindere dal fondamento che si voglia rintracciare nel meccanismo della presupposizione), l'inefficacia del contratto non discenderebbe tanto da un'applicazione della buona fede (o dalla presunta volontà delle parti), quanto piuttosto dalle caratteristiche del bene-cubatura, che si ripercuotono sugli effetti contrattuali, al venir meno di uno dei presupposti alla base del negozio (*i.e.* la possi-



## 5. La *condicio iuris* nei negozi di cessione di cubatura.

Il punto relativo alla *condicio iuris*, insita in ogni negozio traslativo dei diritti edificatori, merita qualche ulteriore approfondimento e precisazione. Per non smentire le premesse sopra poste, infatti, si rende necessario ricostruire coerentemente il contenuto e la disciplina della figura qui ipotizzata.

Il concetto di *condicio iuris* evoca un istituto classico<sup>85</sup> ma, allo stesso tempo, estremamente eterogeneo<sup>86</sup>, al cui interno è spesso sussunta una notevole varietà di fattispecie. In particolare, la riconduzione di un determinato meccanismo condizionale, all'interno della "categoria" della *condicio iuris*, dipende esclusivamente dalla sua *fonte*, e non anche dal *contenuto* dell'elemento accidentale del contratto. Di questo assunto, la condizione legale, qui esaminata, rappresenta un'ulteriore conferma.

Infatti, la fattispecie presenta tutti i caratteri propri della *condicio iuris*, in quanto lega – per volontà non dei privati, bensì del nostro ordinamento – il venir meno degli effetti del contratto al verificarsi di un evento, futuro ed incerto. Un simile meccanismo è – come si diceva sopra – riconducibile alle peculiarità delle vicende circolatorie della cubatura, al cui interno attività privata ed amministrativa s'intrecciano, dialogano tra loro, risentendo l'una dell'altra, seppur nel rispetto della reciproca autonomia<sup>87</sup>.

bilità di ottenere un permesso di costruire maggiorato, a fronte della titolarità della cubatura).

<sup>85</sup> Lo studioso tedesco che ha maggiormente approfondito il tema della *condicio iuris* è, tradizionalmente, P. OERTMANN, *Die Rechtsbedingung (condicio iuris)*, Leipzig-Erlagen, A. Deichertische Verlagsbuchhandlung, 1924. Per la dottrina italiana classica, *ex multis*, si v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 221 ss., P. RESCIGNO, voce *Condizione. c) diritto vigente*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 768, G. DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1960, I, 5 ss., G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, IV, 2, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1980, 228 ss., e, più recentemente, M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, in *Tratt. Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2019, 48 ss.

<sup>86</sup> Nota G. MIRABELLI, *op. cit.*, 229, come «nella categoria della *condicio iuris* vengono ricondotti, infatti, i casi più svariati nei quali la fattispecie produttiva di effetti giuridici comprende, oltre il negozio, altri atti o fatti: atti di autorità alle quali è affidato un compito di controllo su determinate attività, vuoi nell'interesse dei singoli [...] vuoi nell'interesse pubblico [...], ovvero avvenimenti in relazione ai quali l'atto è compiuto». Nota la medesima tendenza già P. RESCIGNO, *op. cit.*, 769, il quale parla di nozione «larghissima» della *condicio iuris*.

<sup>87</sup> In quest'ottica, l'innegabile collegamento sussistente tra momento privatistico e amministrativo non dispiega i propri effetti tanto nella fase *genetica* del contratto (riguardante il bene-cubatura, da subito trasferito al soggetto acquirente), quanto,

Preso atto di questa situazione, si avverte dunque l'esigenza di tutelare il privato, inserendo nello statuto negoziale (a prescindere, si ripete, da un'espressa volontà delle parti in tal senso) un meccanismo che ponga nel nulla gli effetti contrattuali<sup>88</sup>, ove la cubatura trasferita non possa dispiegare appieno i propri effetti, non consentendo cioè al suo nuovo titolare di ottenere il rilascio del c.d. permesso di costruire "maggiorato". In breve, l'evento – futuro ed incerto, dedotto in condizione – è rappresentato dal fatto che la pubblica amministrazione neghi il rilascio del titolo edilizio (sulla base dei diritti edificatori trasferiti) a favore del cessionario, per cause a quest'ultimo non imputabili.

A ciò si aggiunge che l'emanazione di atti amministrativi è da sempre uno degli eventi maggiormente dedotti in condizione legale<sup>89</sup>, quale ulteriore elemento, senza cui l'autonomia privata non può *in toto* produrre gli effetti sperati. Una simile osservazione – seppur vera nella maggioranza delle ipotesi in cui i provvedimenti amministrativi vengono inseriti in *condicio iuris* – merita di essere precisata, nel caso di specie. In effetti, la mancanza dell'atto amministrativo, da un lato, comporta che il negozio di cessione di cubatura non possa esplicare appieno i propri effetti (consistenti nel permettere all'acquirente di costruire); ma, dall'altro lato, ciò non preclude il trasferimento dei diritti edificatori *ex se*, che prescinde (almeno in astratto) dal rilascio del titolo edilizio.

Le conseguenze di tale osservazione sono tutt'altro che irrilevanti. In primo luogo, ciò spiega perché questa *condicio iuris* viene – nel presente lavoro – ricostruita come risolutiva, anziché come

piuttosto, relativamente all'*impiego* della volumetria sul c.d. fondo "d'atterraggio". Tale ricostruzione – in linea con quanto affermato, in linea generale sulla *condicio iuris*, da R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, 1073 – «confina questo elemento completivo [dedotto in condizione] fuori dai costituenti del negozi, e così permette di scindere mentalmente la fattispecie negoziale in senso stretto, identificata nella sola attività delle parti, e le ulteriori condizioni legali». Si riesce, così, a garantire l'autonomia del momento negoziale rispetto al più ampio procedimento, al cui interno la cessione è (per forza di cose) inserita.

<sup>88</sup> Dall'avveramento della *condicio iuris* discende, infatti, l'obbligo di restituzione del prezzo, a carico dell'alienante, il quale tornerà pieno titolare della cubatura, in precedenza oggetto del trasferimento.

<sup>89</sup> Si pensi ai casi, solitamente evocati (v. D. CARUSI, *op. cit.*, 294), dell'autorizzazione amministrativa all'acquisto di un immobile o a titolo gratuito, compiuti dalle persone giuridiche durante la vigenza dell'art. 17 c.c. (oggi abrogata dalla l. 15.5.1997, n. 127) ovvero dell'approvazione (purché «si tratti di approvazione in senso proprio, e non di autorizzazione»: così, G. MIRABELLI, *op. cit.*, 230) del contratto ad opera dell'autorità di controllo, che vigila sull'attività contrattuale dell'ente pubblico.



sospensiva<sup>90</sup>. Il trasferimento della cubatura non è precluso dalla mancanza del permesso di costruire maggiorato, ma è, più semplicemente, suscettibile di *venir meno* ove la pubblica amministrazione neghi il rilascio del titolo (e, dunque, il fine-ultimo perseguito dai contraenti non possa essere raggiunto).

In secondo luogo, da ciò discende un'ulteriore eccezione a quanto, di regola, avviene per le altre condizioni legali<sup>91</sup>: anche in caso di diniego del permesso di costruire, l'acquirente potrebbe infatti decidere di mantenere in piedi il negozio (optando, ad es., per ripresentare la richiesta al Comune, nella convinzione che il permesso di costruire non sia stato rilasciato esclusivamente per motivi non imputabili alla cubatura *ex se*<sup>92</sup>) in quanto – pur non poten-

do il privato costruire – l'assenza del titolo edilizio non è *ex se* ostativa al trasferimento della cubatura.

Detto altrimenti, la *condicio iuris* non si configura qui come elemento di validità del trasferimento<sup>93</sup>, bensì quale strumento di tutela a favore del privato, alla luce della peculiare natura dell'oggetto dedotto in condizione (nonché, più in generale, dell'intera vicenda circolatoria dei diritti edificatori). Spetta dunque all'acquirente decidere se avvalersi o meno della tutela apprestatagli dall'ordinamento. Del resto, se si è già rilevato che tale aspetto riguarda – principalmente – la gestione del rischio derivante dal contratto, la possibilità di rinunciare ad avvalersi della condizione non è che una (logica) conseguenza derivante dalla disponibilità degli interessi, tutelati dal meccanismo in esame<sup>94</sup>.

Quest'ultima osservazione evoca un istituto, diverso dalla *condicio iuris*, ma che – nel caso di specie – si concilia, convive con quest'ultima: la condizione unilaterale, che consente all'acquirente di non avvalersi dell'avveramento della condizione<sup>95</sup>. Contrariamente a quanto si sarebbe portati a pensare *prima facie*, l'accostamento non può (né deve) sor-

<sup>90</sup> In linea generale, nonostante il meccanismo della condizione legale sia più frequentemente utilizzato in forma di condizione sospensiva (si pensi, all'art. 1399 c.c., che subordina sospensivamente l'efficacia del negozio alla ratifica del soggetto falsamente rappresentato, ovvero al caso dell'ente che, seppur abbia stipulato il contratto col privato, deve ancora ricevere l'autorizzazione dalla competente autorità di controllo), nulla osta a che la *condicio iuris* sia strutturata quale condizione risolutiva: così, per tutti, G. DE SEMO, *op. cit.*, 11 il quale nota che «la c.i. ha natura per lo più *sospensiva*, ma non si esclude, anche dogmaticamente, pure il caso, per quanto raro, di una c.i. risolutiva».

Nel caso di specie, pare preferibile costruire la presente condizione come risolutiva in quanto non solo si evita di appiattare il concetto di cubatura su quello di aspettativa (v. *supra*, nt. 80), ma ciò sembra anche più aderente all'interesse effettivamente perseguito dalle parti. Mediante la predisposizione di una condizione risolutiva, infatti, il negozio produce immediatamente i propri effetti reali, consentendo al cessionario di divenire immediatamente titolare dei diritti edificatori e, dall'altro lato, al cedente di richiedere immediatamente il pagamento del prezzo. Nulla vieta, in ogni caso, che le parti decidano di strutturare la condizione come sospensiva, ove ciò risulti più aderente alla loro volontà: una simile pattuizione comporterebbe – secondo V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 598 – che la condizione si configuri in termini di condizione volontaria, anziché legale.

<sup>91</sup> Sottolinea, infatti, V. ROPPO, *op. cit.*, 599 che solitamente le condizioni legali attengono ad una sfera di interessi diversa da quella dell'autonomia privata, a cui appartengono le condizioni volontarie. Ciò comporta che la condizione legale è solitamente considerata insuscettibile a rinuncia (da parte del contraente nel cui interesse è posta: condizione unilaterale), ovvero a finzione di avveramento (art. 1359 c.c.: *amplius, infra*), in quanto l'attività – oggetto del contratto – non può *in nuce* esser svolta, senza l'avveramento della *condicio iuris*, precludendo così l'applicazione di detti correttivi.

<sup>92</sup> Il punto – di cruciale importanza – richiede particolare chiarezza e, dunque, qualche ulteriore notazione. La questione si gioca, innanzitutto, relativamente all'avveramento o meno della condizione, detto in contratto. Ove, infatti, l'evento sia dipeso da errori afferenti alla presentazione della domanda, non vi sarebbe alcun avveramento della *condicio iuris*, in quanto il fatto dedotto in condizione è sì costituito dal diniego del Comune al rilascio del permesso di costruire, ma *purché ciò non sia in alcun modo imputabile all'acquirente*. A ciò si aggiunge che la perizia, richiesta al compratore in sede di presentazione della

richiesta del permesso, può essere ricompresa nei doveri di buona fede, imposti alle parti – in pendenza della condizione – dall'art. 1358 c.c. L'inadempimento di un simile obbligo non può, di conseguenza, giovare al compratore, comportando l'avveramento della condizione e, di conseguenza, l'attivazione della tutela risolutoria, prevista in favore del soggetto negligente.

Diversamente, ove il Comune non abbia concesso il permesso per motivi legati alla discrezionalità spettantegli (cfr. *supra*, nt. 50), allora la condizione si sarà avverata, ma il privato potrebbe comunque ripresentare la richiesta, nella convinzione che stavolta la discrezionalità amministrativa venga esercitata in senso a lui favorevole.

<sup>93</sup> Pone l'accento sulla distinzione tra elementi di validità (la cui deficienza dell'elemento comporti invalidità dell'atto) e fatti che ostano alla piena efficacia del negozio (in mancanza dei quali l'atto è valido, ma non pienamente efficace), G. MIRABELLI, *op. cit.*, 229. Ciononostante, M. COSTANZA, *op. cit.*, 50 sottolinea la tendenza giurisprudenziale a ricondurre la condizione legale ad elemento di validità (anziché di mera efficacia) dell'atto.

<sup>94</sup> Una simile possibilità risulta coerente con la possibilità – sopra paventata, alla nt. 83 – che le parti escludano *ex ante* la sussistenza di una simile *condicio iuris*, convenendo che la cessione di cubatura sia “a rischio e pericolo” dell'acquirente. Ora, se una simile pattuizione può (come pare ragionevole) escludere *ex ante* l'operare della condizione, allo stesso modo il soggetto – consapevole del rischio che si sta assumendo – può rinunciare *ex post* ad avvalersi della sua operatività: così facendo, il contratto mantiene efficacia, nonostante l'avveramento della condizione risolutiva.

<sup>95</sup> In tal caso, dunque, l'alienante si trova in una situazione di soggezione, in quanto l'acquirente – tramite una dichiarazione successiva – potrebbe decidere di mantenere in piedi il negozio, nonostante l'avverarsi della condizione risolutiva. La situazione d'incertezza si risolverà, comunque, entro brevi termini, essendo il compratore (in forza dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede) tenuto a comunicare la propria decisione tempestivamente al venditore.

prendere. Il concetto di condizione legale riguarda, infatti, la sua *fonte*; diversamente, l'unilateralità della condizione è da ascrivere al *contenuto* dell'elemento accidentale, in quanto attiene agli interessi con esso tutelati<sup>96</sup>. Nel caso in esame, il meccanismo condizionale trae la propria fonte da un'interpretazione sistematica della fattispecie esaminata, il tutto al fine di tutelare l'acquirente e addivenire ad una migliore distribuzione del rischio contrattuale, tenendo conto della continuità che lega momento privatistico e pubblicistico nella circolazione dei diritti edificatori.

La qualificazione appena fatta non è – si badi bene – fine a se stessa: essa ha, infatti, immediate ricadute, dal punto di vista della disciplina a cui è sottoposta la *condicio iuris*, qui teorizzata. In quest'analisi, è necessario procedere con ordine (logico, oltretutto cronologico).

Partendo dunque dalla fase di pendenza della condizione, non pare revocabile in dubbio che nel caso di specie trovi applicazione l'art. 1358 c.c., il quale impone a ciascuna delle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, durante il suddetto periodo<sup>97</sup>. Ciò comporta che, *pendente condicione*, all'effetto reale (proprio del negozio di cessione di cubatura) acceda, fisiologicamente, anche un effetto obbligatorio, consistente nel divieto – imposto al soggetto che cede la cubatura – di richiedere il rilascio del permesso di costruire relativamente al proprio fondo<sup>98</sup>. Si tratta di un effetto che non solo co-

<sup>96</sup> Dipendendo l'unilateralità della condizione dall'esistenza di un interesse (quantomeno prevalente, se non esclusivo) di una delle parti (nel nostro caso, l'acquirente) al verificarsi (o al mancare) dell'evento futuro e incerto.

*Conditio iuris* e condizione unilaterale sono, d'altro canto, accomunate sotto il piano dell'eterogeneità degli interessi dedotti in condizione: sul punto, si v. M. COSTANZA, *La condizione unilaterale: una fattispecie variegata*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, la quale – proprio in esordio della propria trattazione – adduce l'esempio che «in un contratto di vendita immobiliare è previsto che il trasferimento del bene sia subordinato al rilascio da parte del Comune della concessione che abilita alla costruzione dell'opera desiderata dall'acquirente», quale uno dei molteplici (ma anche dei principali) esempi di evento che le parti possono dedurre nella condizione unilaterale. Ciononostante, la condizione appena citata è da qualificare in termini di condizione volontaria, e non legale, in quanto la medesima discende dalla sola volontà delle parti.

<sup>97</sup> In tal senso, nonostante la lettera non chiara dell'art. 1358, V. ROPPO, *op. cit.*, 592.

<sup>98</sup> A livello logico, tale obbligo è da inquadrare come *divieto di non richiedere il permesso*, in quanto esso costituisce un *pruis* giuridico dell'attività di costruzione. Infatti, è la richiesta del permesso ad esaurire la cubatura, a prescindere o meno dall'attività edilizia. Al contrario, nell'ipotesi (patologica) in cui il proprietario costruisca abusivamente, senza previa richiesta del permesso di costruire, ciò non esaurisce la capacità edificatoria oggetto del trasferimento (pur esponendo l'originario titolare della cubatura a tutte le conseguenze, collegate allo svolgimento di un'attività edificatoria abusiva).

stituisce una conseguenza naturale dello spoglio della capacità edificatoria<sup>99</sup>, ma deriva altresì dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in pendenza della condizione. Detto altrimenti, una volta venduta la capacità edificatoria, il suo alienante non potrà richiederne – ottenendo il rilascio del relativo titolo edilizio, evento che esaurisce la capacità edificatoria, già ceduta – lo sfruttamento *edilizio*, trattandosi di un comportamento del tutto incompatibile con la cessione già intervenuta<sup>100</sup>.

La sussistenza di un simile obbligo comporta, altresì, la necessità di interrogarsi sulla possibilità di usufruire della finzione di avveramento, di cui all'art. 1359 c.c., per il caso in cui l'alienante non rispetti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e ciò comporti l'avveramento della condizione risolutiva<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Del resto, una volta che quest'ultimo si privi dei diritti edificatori, l'obbligazione di non utilizzare gli stessi – e, dunque, di non costruire sul proprio fondo – è *in re ipsa*. Si noti che il sorgere di tale obbligazione costituiva, fino al 2011, il principale effetto scaturente dal contratto: ricostruendo la fattispecie sia come negozio obbligatorio, sia come costituzione di servitù (*altilius non tollendi*), l'effetto ultimo del contratto era costituito dal fatto di imporre all'alienante di *non costruire* sul proprio fondo. Oggigiorno, invece, una volta inquadrato il contratto di cessione di cubatura tra quelli ad effetti reali, l'obbligazione viene degradata ad effetto secondario del negozio.

<sup>100</sup> Come sopra anticipato, all'art. 1358 c.c. è altresì sottoposto il compratore, nel senso che il mancato avveramento della condizione non può dipendere da un suo comportamento negligente, relativo alla presentazione (o, addirittura, alla mancata presentazione) della richiesta del titolo edilizio.

<sup>101</sup> Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'alienante chieda (ed ottenga) il permesso di costruire *prima della trascrizione del negozio di cessione di cubatura*: in tal caso, infatti, il Comune non potrebbe in alcun modo avvedersi dell'avvenuto spoglio dei diritti edificatori, da parte del richiedente (originario titolare della volumetria). L'esempio pone, peraltro, un'ulteriore questione, legata all'idoneità della trascrizione (*ex art. 2643, n. 2bis, c.c.*) a rendere la cessione di cubatura opponibile alla pubblica amministrazione. Sul punto, infatti, non pare che l'art. 2644, 2° co., c.c. sia di una portata tale da *obbligare* la p.a. a controllare le risultanze dei registri immobiliari, prima del rilascio del titolo edilizio: tale norma, infatti, ha l'evidente (unico) scopo di tutelare il compratore per il caso di rivendita (c.d. doppia alienazione) del bene oggetto di trascrizione. Ciononostante, è condivisibile la posizione di F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 217, secondo cui – nonostante l'effetto dichiarativo di cui all'art. 2644 c.c. non serva a rendere rilevante l'avvenuta cessione di cubatura nei confronti del Comune (in quanto quest'ultimo non è un avente causa, né diretto né indiretto, del contratto) – la stessa pubblica amministrazione avrebbe comunque l'onere di verificare le risultanze dei pubblici registri, al fine di verificare l'eventuale cessione dei diritti edificatori ad opera del loro originario titolare. Sul punto, si v. anche A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 12, nt. 24, secondo cui «un minimo di realismo impone di chiedersi se veramente gli uffici addetti al governo del territorio si faranno carico di verificare presso le conservatorie che il venditore sia effettivamente proprietario solitario dell'area da cui provengono i diritti edificatori ceduti». Lasciando da parte le notazioni appena svolte, i margini per applicare (al caso di specie) l'istituto previsto dall'art. 1359 c.c.

La questione si scontra con il tradizionale dibattito<sup>102</sup>, relativo alla compatibilità tra art. 1359 c.c. e *condicio iuris*, il quale parte da un dato di fatto, difficilmente contestabile anche nel caso di specie: ove la condizione riguardi un provvedimento amministrativo, che è requisito di liceità per un comportamento contrattualmente rilevante, la mancanza di tale provvedimento rende, in ogni caso, il comportamento illegittimo.

In altri termini, la *factio* – anche ove ritenuta astrattamente compatibile con l'istituto in commento<sup>103</sup> – non può in questo caso sopperire alla man-

canza del titolo edilizio, che costituisce presupposto indefettibile per poter edificare e, dunque, soddisfare l'interesse ultimo dell'acquirente della cubatura<sup>104</sup>. Sicché al compratore non deriverebbe alcuna utilità concreta dal beneficiare del meccanismo previsto dall'art. 1359 c.c. (fingendo che la *condicio iuris* risolutiva non si sia verificata), ove il suo dan- te causa concorra nella realizzazione dell'evento dedotto in condizione (causando il diniego del titolo edilizio).

Maggiormente interessante è, piuttosto, chiedersi se – durante la pendenza della condizione – l'acquirente possa rivendere la cubatura: è il caso delle c.d. vendite “a catena”<sup>105</sup>. Applicando l'art. 1357 c.c. alla fattispecie in esame (e non vedendosi alcun ostacolo a tale operazione ermeneutica<sup>106</sup>), l'acquirente della cubatura può effettivamente rivenderla: il suo avente causa è fin da subito titolare della cubatura, fermo restando che questo negozio (così come ogni successivo atto di alienazione, al pari del primo) è comunque sottoposto alla medesima *condicio iuris*, legata al mancato rilascio del permesso di costruire da parte della p.a. Il punto – *prima facie* aproblematico – disvela, ad una più attenta lettura, ulteriori criticità, e richiede dunque ulteriori riflessioni.

In particolare, il caso appena esaminato (piuttosto residuale, a dire il vero, nella pratica, ma significativo al fine di risolvere alcune questioni dogmatiche sulla fattispecie) pone il problema se – in caso

sono ristretti, in quanto l'avveramento della condizione (casuale, in quanto dipendente dal comportamento di un soggetto esterno al contratto) dipende dall'attività della pubblica amministrazione: salvo si tratti di attività patologica della p.a. (come immaginata da V. ROPPO, *op. cit.*, 599, ove «il mancato rilascio dell'autorizzazione [...] dipenda da manovre della parte controinteressata»), non si vede come il privato (che ha ceduto la cubatura) possa incidere (negativamente) sul rilascio del permesso. Gli unici casi potrebbero allora esser legati al caso in cui la prassi comunale imponga un'attività collaborativa, svolta dal soggetto alienante, il quale si sia (in mala fede) rifiutato di collaborare, contravvenendo così all'obbligo di cooperazione imposto dall'art. 1358 c.c., e causando così l'avveramento della condizione risolutiva.

<sup>102</sup> Già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1959, 526, richiama, come applicabili alla *condicio iuris*, i soli artt. 1356 a 1358 e 1360 c.c., escludendo esplicitamente l'art. 1359 c.c. In tal senso, in dottrina, anche P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1966, 825; G. MIRABELLI, *op. cit.*, 253 s.; V. ROPPO, *op. cit.*, 599, R. SACCO-G. DE NOVA, *op. cit.*, 1089, nonché la giurisprudenza costante, tra cui: Cass. 16 novembre 1960, n. 3071, in *Giust. civ.*, 1961, I, 237 ss., Cass. 11 novembre 1967, n. 2718, in *Giur. it.*, 1968, I, 1375 ss., Cass. 4 aprile 1975, n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, 1990 ss., Cass. 5 febbraio 1982, n. 675, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, 317, Cass. 10 marzo 1992, n. 2875, in *Giust. civ.*, 1992, I, 373 s., Cass. 3 aprile 1996, n. 3084, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2259 ss., Cass. 22 marzo 2001, n. 4410. Di diverso avviso, oltre alla dottrina riportata alla successiva nt. 103, in giurisprudenza, Cass. 27 febbraio 1998 n. 2168, in *Contratti*, 1998, 553 ss., con nota di P. AVONDOLA, *La “condicio iuris” e la finzione di avveramento*.

<sup>103</sup> Si v., infatti, la più accurata posizione, assunta da S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 313 e recentemente ripresa da M. FACCIOLE, *Avveramento della condizione e buona fede post finitum contractum*, in *Contr. impr.*, 2019, 517, il quale propone di distinguere il caso «in cui il provvedimento amministrativo è requisito legale di efficacia dell'atto privato, nelle quali la finzione di avveramento della condizione deve senz'altro ritenersi inoperante per le ragioni anzidette», e quello «in cui, pur discorrendosi di *condicio iuris*, il provvedimento amministrativo viene dedotto dalle parti ad oggetto della condizione sospensiva apposta ad un negozio che in realtà sarebbe in grado di produrre i propri effetti sul piano civilistico anche senza che quel provvedimento venga rilasciato». In quest'ultimo caso, l'art. 1359 c.c. (e la relativa *factio*) potrebbe, in effetti, trovare applicazione: ciò che pare mancare – perlomeno nel caso in esame – non è tanto l'astratta compatibilità tra tale meccanismo e la *condicio iuris* qui ipotizzata, quanto l'effettivo interesse della parte danneggiata ad avvalersi della relativa *factio*.

<sup>104</sup> In tal caso, dunque, la tutela dell'acquirente dovrebbe essere meramente *obbligatoria*, non vedendosi l'utilità di consentire all'acquirente di beneficiare della finzione di avveramento, dal momento in cui costui non può comunque procedere all'attività edilizia sperata: sul punto, già P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 825, il quale propende per l'operare del «rimedio alternativo del risarcimento del danno», nonché, da ultimo, D. CARUSI, *op. cit.*, 324 s.

Tutt'al più – ove il compratore sia convinto di poter comunque ottenere il rilascio del permesso di costruire, presentando nuovamente la relativa richiesta – costui potrà rinunciare ad avvalersi alla condizione legale posta nel suo interesse, come sopra ipotizzato.

<sup>105</sup> Sul punto, si v. nt. 36. Si noti che i ragionamenti qui svolti ben si prestano ad essere applicati al fenomeno della cessione “in volo”, in quanto, come nota B. MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, 1140, «la commerciabilità dei crediti edilizi in volo, e dunque non ancora “atterrati” sull'area di destinazione, presenta, poi, un margine maggiore di rischio, considerato che l'atterraggio potrebbe non verificarsi a causa della mancanza o insufficienza di aree idonee su cui esercitare il diritto edificatorio. Al riguardo, non si potrebbe neppure escludere una saturazione delle reali possibilità edificatorie nel territorio comunale, rispetto ai titoli volumetrici immessi nel mercato, anche a causa di un errore di calcolo commesso nella operazione di fissazione degli indici nei quali si identificano i diritti edificatori».

<sup>106</sup> In tal senso, sulla *condicio iuris* in generale, G. DE SEMO, *op. cit.*, 11, C. PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, in *Arch. giur.*, 1986, 347, e A.C. PELOSI, voce *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, 468.



di avveramento della condizione legale risolutiva – gli effetti di *ogni vendita* debbano venir meno, ovvero solo l'ultima vendita si risolva, restando la cubatura in capo all'ultimo cedente. Quest'ultima soluzione sarebbe, in effetti, da preferire, ove ci si rifaccia all'insegnamento più risalente, secondo cui la *condicio iuris* è irretroattiva<sup>107</sup>.

Ciononostante, questa soluzione non convince appieno, né dal punto di vista di allocazione del rischio né (tantomeno) a livello giuridico. Sotto il piano dell'allocazione del rischio, non si vede perché l'ultimo cedente – un tempo tutelato dalla *condicio iuris* – debba ora sopportare il rischio legato al mancato rilascio del permesso di costruire, per il solo fatto di aver rivenduto il bene-cubatura<sup>108</sup>. A livello giuridico, poi, l'irretroattività della condizione di diritto è dato tutt'altro che incontestato. Alla tesi più tradizionale, che ha ritenuto l'art. 1360 c.c. norma eccezionale (dunque inestensibile oltre il perimetro della *condicio iuris*), si è al contrario risposto che la problematica dev'essere risolta *caso per caso*, nel senso di esaminare gli interessi effettivamente tutelati dalla condizione<sup>109</sup>.

Se dunque non sussistono ostacoli giuridici all'applicazione della regola della retroattività alla

<sup>107</sup> Sostengono che la *condicio iuris* sia irretroattiva, in quanto il disposto dell'art. 1360 c.c. è eccezionale e – in quanto tale – non può applicarsi al di fuori della condizione volontaria, P. RESCIGNO, *op. cit.*, 775, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 113, nt. 1, S. MAIORCA, *op. cit.*, 333. Escludono in *nuce* la retroattività della *condicio iuris*, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, 593, E. BETTI, *op. cit.*, 522, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, 197. L'eccezionalità dell'art. 1360 c.c. è, tuttavia, contestata da A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 103 ss., oltreché dalla dottrina riportata *infra* alla nt. 109.

<sup>108</sup> In senso contrario, si potrebbe dire che costui ha *sfruttato economicamente* la cubatura. Tuttavia, simile affermazione trascura il fatto che, al mancato rilascio del permesso di costruire, il primo acquirente (che ha rivenduto la cubatura) dovrà restituire il prezzo ricevuto dalla seconda vendita: lo sfruttamento economico viene così travolto dall'impossibilità di sfruttare (dal punto di vista edilizio) i diritti edificatori. Dunque, lo sfruttamento *economico* viene parimenti meno e costui rischia di trovarsi con un bene nei fatti inutilizzabile e privo di valore di scambio (*amplius*, si v. nt. 82). Meglio, dunque, affermare che il rischio *resti in capo al suo originario titolare* (i.e. il proprietario del fondo di "decollo"), il quale sopporta fin dall'inizio il rischio legato alla cubatura (relativa al proprio fondo o concessagli in via compensativa).

<sup>109</sup> Ritengono possibile applicare la regola della retroattività alla *condicio iuris*, salva la necessità di un'analisi caso per caso, che tenga conto della natura del rapporto: A. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, 14 s., G. DE SEMO, *op. cit.*, 11, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e «condicio iuris»*, in *Foro it.*, 1952, I, 414, G. MIRABELLI, *op. cit.*, 257, G. TATARANO, *«Incertezza», autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976, 128 ss., G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 118, nt. 75.

*condicio iuris*, la questione torna (con un andamento quasi circolare) all'esame della gestione dei rischi derivanti dal contratto. Confermandosi quanto sopra detto – e risolvendo la questione avendo riguardo ad un'equilibrata allocazione del rischio contrattuale, a cui la *condicio iuris* aspira – anche nel caso di specie la condizione si presta ad operare in senso retroattivo, travolgendo ogni (eventuale) contratto, posto in essere dal primo acquirente della cubatura, e facendo tornare i diritti edificatori in capo al proprietario del fondo "di decollo"<sup>110</sup>.

Infine, siano consentite alcune, brevi, notazioni in tema di pubblicità, la quale – anche solo per il *locus* scelto dal legislatore per contemplare la cessione di cubatura, all'interno del codice civile – rappresenta uno snodo centrale, al fine di dare completezza ai ragionamenti sopra svolti. Al riguardo, la nota di trascrizione del negozio di cessione di cubatura – a prescindere che le parti abbiano o meno previsto espressamente la condizione all'interno del regolamento contrattuale<sup>111</sup> – dovrà, come imposto dall'art. 2659, 2° co., c.c., menzionare la sussistenza della condizione risolutiva, a cui il trasferimento della capacità edificatoria è sottoposto.

Così facendo, il meccanismo condizionale si colloca perfettamente all'interno del contesto ipotizzato dal legislatore del 2011, nel momento in cui ha voluto rendere trascrivibili gli atti di cessione della cubatura, assoggettandone le relative vicende circolatorie ad un maggiore grado di certezza<sup>112</sup>: dalla menzione nella nota di trascrizione dipende, infatti, l'opponibilità del meccanismo condizionale nei

<sup>110</sup> Ove le parti, dunque, siano consapevoli della volontà del primo cessionario di rivendere la cubatura, e gli stessi vogliano conseguentemente garantire la certezza nella circolazione della capacità edificatoria (mettendosi al riparo dalle conseguenze della retroattività della *condicio iuris*), le stesse dovrebbero allora premurarsi di escludere che la cessione di cubatura (come ipotizzata alla nt. 83) risulti sottoposta alla condizione legale risolutiva. In alternativa, i contraenti potrebbero pattuire la *irretroattività* della condizione, prevedendo espressamente che, ove il cessionario decida di rivendere la cubatura, il *rischio* contrattuale (legato al mancato rilascio del titolo edilizio) risulti addossato in capo a quest'ultimo.

<sup>111</sup> L'unica ipotesi in cui non sarà necessario procedere all'indicazione della condizione, all'interno della nota di trascrizione, è dunque rappresentato dal caso in cui le parti abbiano *espressamente* escluso l'operare della suddetta *condicio iuris*, potendo le parti derogare al regime legale, addossando così il rischio – collegato al diniego del titolo edilizio – interamente in capo all'acquirente.

<sup>112</sup> Proprio al fine di addivenire a tale risultato e, allo stesso tempo, informare le parti delle vicende a cui il negozio è sottoposto, è senz'altro consigliabile – nella prassi – esplicitare la *condicio iuris* all'interno del testo contrattuale: una simile operazione non comporta, in ogni caso, che la condizione legale diventi volontaria (cfr. *supra*, nt. 90), limitandosi le parti a prendere atto di un meccanismo scaturente dalla natura del bene dedotto in contratto.



confronti dei terzi<sup>113</sup>. Parimenti, saranno sottoposte a pubblicità le successive vicende, di avveramento o mancato avveramento della condizione. Di conseguenza, ove il Comune rilasci effettivamente il titolo edilizio in misura maggiorata, il mancato avveramento della condizione porterà alla cancellazione della sua menzione, all'interno della nota di trascrizione (art. 2668, 3° co., c.c.); viceversa, ove il permesso di costruire venga negato – concretizzandosi così il rischio da cui si vuole tutelare l'acquirente della cubatura – l'art. 2655, 1° co., c.c. impone che venga annotato, a margine della precedente trascrizione, l'avveramento della condizione risolutiva ed il conseguente venir meno degli effetti contrattuali.

In conclusione, nelle pagine che precedono si è tentato di fornire una ricostruzione il più possibile organica e coerente del negozio di cessione di cubatura, tenendo conto della struttura di una fattispecie, che si colloca sul (sempre più sottile) confine tra diritto amministrativo e diritto privato. La ricostruzione – completamente affidata all'interprete, vista la laconicità della normativa e la scarsa esaustività delle risposte giurisprudenziali sul punto – deve muovere proprio dalla presa d'atto della natura "ibrida" dell'istituto, per poi trarne le dovute conseguenze.

È dunque a fronte di tali esigenze che la *condicio iuris* assume un ruolo cruciale, in quanto serve per *recuperare* quell'unitarietà della fattispecie circolatoria dei diritti edificatori, che altrimenti rischierebbe di andar persa, ove si sposti eccessivamente il baricentro sulla tendenziale autonomia del contratto di cessione di cubatura (momento privatistico) da solo idoneo a produrre il risultato traslativo. Tale effetto è, però, fine a se stesso, ove non seguito dal rilascio del permesso di costruire "maggiorato" (momento pubblicistico). Il risultato non è affatto contraddittorio, né deve sorprendere: le due fasi del procedimento (*decollo* e *atterraggio*, si potrebbe dire) sono, allo stesso tempo, distinte, ma inscindibilmente collegate tra loro, in quanto ciascuna è imprescindibile per ottenere il risultato voluto dalle parti.

Dall'altra parte, la coerenza – in un quadro potenzialmente complesso – può essere recuperata attraverso il "semplice" strumento condizionale, da sempre utilizzato al fine di conformare gli effetti contrattuali ad elementi (tendenzialmente) estranei al rapporto *stricto sensu* inteso (seppur collegati allo stesso per volontà dell'ordinamento, nel caso della condizione legale). In questo contesto, la *condicio iuris* serve, dunque, da *trait d'union* tra momento

pubblicistico e momento privatistico, cosicché la vicenda possa concludersi *senza soluzione di continuità* tra queste due fasi, autonome ma legate "a doppio filo" tra loro.

<sup>113</sup> In tal senso, da ultimo, D. CARUSI, *op. cit.*, 350, e, dapprima, R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 944.