

## La cubatura quale bene in senso tecnico \*

1. L'art. 17 della legge n. 765 del 1967 che ha inserito l'art. 41 *quinquies* della legge n. 1150 del 1942 introduce per la prima volta il concetto di *standards edilizi*, diretti all'individuazione degli indici inderogabili di densità edilizia, quale espressione del rapporto tra la superficie interessata dall'intervento edificatorio e il volume del fabbricato realizzando.

Siffatti limiti sono determinati, di volta in volta, con riguardo a ben precisi criteri, quali in via esemplificativa la superficie edificabile in proprietà, le distanze tra i costruendi edifici, le aree destinate alle opere di urbanizzazione, alle attività collettive, pubbliche o private, a parcheggi, ed a verde pubblico.

L'interesse tutelato da una siffatta previsione normativa è di rango costituzionale: si tratta del più razionale sfruttamento degli spazi fabbricabili, nel rispetto delle regole di programmazione territoriale, devolute alla mano pubblica, a salvaguardia della salute della collettività (art. 32 Cost.) per la promozione delle attività economiche (artt. 41 e 44 Cost.), in funzione di assicurare la più adeguata funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.).

Nella prassi negoziale sono diffuse da ormai molto tempo accanto a forme sempre più evolute di accordi rivolti alla urbanizzazione delle aree di espansione o riqualificazione urbana, alcune forme di "micropianificazione ad iniziativa privata" consistenti in accordi tra privati, qualificati talora cessioni di volumetria o di cubatura, con i quali il proprietario di un'area cede la potenzialità edificatoria della stessa o parte di essa ad un soggetto cessionario che incrementando la capacità di espansione fabbricabile del proprio terreno, possa ottenere dal Comune un permesso di costruire (definito "maggiorato") idoneo alla edificazione di un manufatto avente un volume maggiore di quello che in origine avrebbe potuto esser realizzato.

Tali accordi sono nati storicamente negli studi notarili e di volta in volta sono stati dai notai conformati in funzione degli interessi privati e pubblici in gioco assumendo di volta in volta i profili del negozio ad effetti obbligatori, della cessione di contratto, del diritto reale atipico, della rinuncia, del diritto di superficie, del vincolo di destinazione puro o nella forma di cui all'art. 2645 ter c.c. o ancora della costituzione di servitù.

Quest'ultima configurazione giuridica permette prima con il riferimento all'ipotesi regolata dall'art. 1029 1° comma c.c. un primo interessante passo in avanti; nelle servitù generalmente utilità e vantaggio coincidono. Ma essi possono essere disgiunti nel tempo. Il futuro di cui all'art. 1029 c.c. non è il futuro certo, ma il futuro eventuale.

Nel caso di specie, insomma, la costituzione della servitù di non edificazione o della servitù *altius non tollendi sub specie* di servitù a vantaggio futuro permette di focalizzare e scandire anche tecnicamente i due tempi della fattispecie: il primo che consiste nell'imposizione del limite all'edificazione del fondo servente, limite che produce effetto immediato tra le parti, indipendentemente dal rilascio del permesso di costruire e che rende possibile nel secondo momento, all'esito positivo del procedimento amministrativo, il trasferimento finale della cubatura da un lotto all'altro; il futuro incremento edificatorio del fondo dominante, che è invece strettamente connesso al rilascio del provvedimento da parte della pubblica Amministrazione, costituisce, infatti, il vantaggio (in senso tecnico) del fondo dominante, vantaggio che è futuro ed eventuale, ma è nel contempo un elemento costitutivo della fattispecie, fatta salva in ogni caso una chiara ed espressa configurazione negoziale da parte degli interessati, di esso quale elemento esterno e condizionale del negozio costitutivo medesimo.

Il sistema consente ulteriori evoluzioni tecniche, in specie nel caso in cui difetti un elemento essenziale della fattispecie (l'immobile edificando o il terreno acquistando) a vantaggio del quale la stessa opererà. Nel primo caso, insomma, la servitù nasce immediatamente, nel secondo sorgerebbe in base ad un'impostazione risalente nel tempo, piuttosto un vincolo obbligatorio suscettibile in seguito di trasformarsi in un rapporto di natura reale solo con l'acquisto del terreno.

---

\* Si tratta della rivisitazione sintetica e priva di note dello studio in corso di approvazione presso la Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato dal titolo *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*.

L'inciso dell'art. 1029 secondo comma c.c. "non ha effetto" va, insomma, interpretato nel senso che escluso l'effetto costitutivo della servitù, ma l'atto perfettamente valido e vincolante avrà tutti gli effetti obbligatori di cui è capace un negozio condizionato: innanzi tutto, i cd. effetti preliminari, consistenti nell'astensione da qualunque condotta possa inibire lo svolgimento dell'attività preparatoria della futura servitù, quali la predisposizione della documentazione, della progettazione, degli scavi e delle altre opere preparatorie all'esercizio futuro della servitù, da parte del cessionario, titolare del fondo servente, rendendo operante la cessione della volumetria; è trascrivibile; l'efficacia reale è quella di un contratto costitutivo di servitù sotto condizione. Gli effetti reali si produrranno solo se e quando la proprietà sarà acquistata.

Una tale impostazione può essere proficua di utili sviluppi: quanto più le tecniche di individuazione e di determinabilità del fondo da acquistare saranno affinate, tanto più la riserva di servitù di non edificazione o della servitù *altius non tollendi sub specie* di servitù a vantaggio futuro diventerà uno strumento duttile che una volta svincolato e liberato dai limiti posti da una concezione arcaica e statica della proprietà fondiaria e dei diritti reali su cosa altrui.

Sin qui il richiamo alle tecniche più avanzate in materia civilistica porta un sicuro giovamento in materia di accordi di micropianificazione.

Il quadro muta però con il progressivo abbandono della zonizzazione che importa, poi, che quest'ultima divenga espressione esclusiva di una mera componente progettuale: le tavole di *zoning* non coincidono più con il piano e sono organizzate più spesso per tessuti organici e sempre meno per zone omogenee. Si realizza, in tal modo, il singolare risultato di un doppio livello di pianificazione, che ha l'effetto di svincolare e, per così dire, liberare la cubatura sviluppata dai singoli lotti: il primo livello, diretto a disciplinare le previsioni insediative ed infrastrutturali; il secondo livello, funzionale alla allocazione delle dotazioni volumetriche ed al riparto dei costi infrastrutturali su un'ampia base di titolari del diritto di proprietà.

In tale ottica, il ricorso alle metodiche della perequazione, della compensazione e della incentivazione rappresenta senz'altro espressione delle nuove tendenze. Difetta tuttavia una disposizione di legge nazionale a fronte di una congerie variegata e composita di norme regionali.

2. Per lungo tempo è stato sollevato il dubbio che la cubatura potesse essere considerata quale bene giuridico autonomo, valutabile dal punto di vista patrimoniale.

La capacità edificatoria di un lotto, espressa in termini di volumetria, rappresenta sempre di più, nel comune sentire e nelle previsioni normative delle regioni, un valore economico che costituisce esso stesso oggetto di attività negoziale tra privati.

La difficoltà maggiore nell'ammettere che la cubatura possa formare oggetto di diritti è, però, legata alla impossibilità di immaginare che lo spazio aereo connesso alla proprietà del suolo possa essere oggetto di diritti separatamente dalla proprietà del suolo.

Oggetto di diritti e, quindi, oggetto di trasferimento può essere solo la porzione di materia, la *res corporalis*, e lo spazio non è una cosa, bensì il mezzo in cui si trova l'oggetto dei diritti.

Essenziale è, tuttavia, sulla questione l'interpretazione dell'art. 810 c.c. che recita "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti"; tale disposizione offrirebbe un criterio di qualificazione solo per quei beni definibili cose.

Vi sono cose che non sono beni e non possono formare oggetto di diritti e beni che, d'altro canto, non sono cose. In realtà, il concetto di bene è più ampio del concetto di cosa, comprendendo non solo le cose materiali o corporali (tra le quali sono le energie), ma anche quelle entità immateriali o ideali che pur non essendo cose sono idonee a formare oggetto di diritti, per la soddisfazione degli interessi tutelati dal nostro ordinamento giuridico.

La scelta normativa del legislatore del 1942 permette di attribuire al termine *cosa* il significato di porzione materiale o ideale, ma determinata del mondo esteriore che diviene bene in senso giuridico proprio nel momento in cui è idonea ad adempiere una certa funzione economica.

Le cose per potere costituire oggetto di rapporti giuridici debbono essere beni: "ciò vuol dire che debbono essere utili, atte a soddisfare un bisogno umano, senza di che mancherebbe persino l'interesse giuridicamente tutelabile"; ed il bene costituisce, insomma, l'oggetto del diritto soggettivo.

Resterebbe, comunque, da chiarire se, qualificata la cubatura come bene astrattamente idoneo a formare oggetto di diritto e quindi di per sé trasferibile, la situazione giuridica della quale formi oggetto possa essere ricondotta tra quelle reali o tra quelle personali, laddove appunto riuscisse naturalmente ad attribuirsi ad essa una reale autonomia – dal punto di vista giuridico – rispetto al bene immobile al quale inerisce.

E' stato affermato (M. Leo), anticipando con sensibilità una tendenza dai connotati all'epoca di redazione dello studio solo appena precisati, che pur non risultando difficoltoso verificare se riguardo alla fattispecie in esame sussistano astrattamente i presupposti per adattare “la disciplina civilistica dei beni o estendere ad essa la tutela delle situazioni proprietarie”, in concreto l'utilizzabilità delle potenzialità edificatorie del fondo, se non è un bene in senso tecnico giuridico, è certamente almeno un'utilità oggettiva del lotto, in grado di avere un valore economico, magari anche notevole, espresso tecnicamente dal rapporto matematico ed ingegneristico tra i metri quadrati di superficie del lotto e i metri cubi di costruzione edificabili sul medesimo, in rappresentazione figurativa delle dimensioni che la futura costruzione dovrà avere.

Il rapporto matematico, insomma, è l'unità di misura della cubatura che in quanto tale è in sé stessa bene in senso giuridico e non esso stesso un sinonimo della volumetria<sup>1</sup> ed il bene – cubatura, in quanto tale è un elemento idoneo a formare oggetto di diritto.

Il segno dell'evoluzione del pensiero giuridico sul punto è però evidente, nell'ammettere che la cubatura, quale bene giuridico autonomo non urta, poi, con il principio del numero chiuso dei diritti reali, non costituendo essa stessa un diritto, bensì un bene in sé, bene, dotato di una sua apprezzabilità economica, che può costituire oggetto di accordo tra privati ed in particolare oggetto di diritti reali.

Si tratterebbe in specie di un bene immateriale di origine immobiliare, certamente lecito e possibile e comunque astrattamente dotato delle caratteristiche di cui all'art.1346 c.c. e quindi determinato o determinabile.

Nessun ostacolo si frapporterebbe, in tal caso, ad ammettere che la volumetria possa essere intesa quale bene autonomo in senso economico e di conseguenza costituire oggetto di diritto reali, qualsiasi forma e struttura abbia assunto il negozio; in una tale ottica, andrebbe, poi, distinta la circolazione del bene cubatura dalla sua fruizione: la prima, devoluta esclusivamente alla regolamentazione pattizia, la seconda, subordinata all'esito favorevole dell'attività provvedimento della pubblica Amministrazione.

Ulteriore conferma di una siffatta soluzione è possibile rinvenire nella ricostruzione tecnico - giuridica di alcune fattispecie del tutto speculari seppur afferenti materie del tutto diverse, alle operazioni aventi ad oggetto i diritti edificatori.

Il primo esempio è offerto dalle cd. quote latte: nel contesto della disciplina emanata in applicazione delle normativa comunitaria avente ad oggetto la regolazione le quote della produzione del latte bovino assegnate a ciascun produttore, la titolarità di essa compete al produttore nella sua qualità di conduttore dell'azienda agricola, salve diverse pattuizioni tra le parti (art. 10 comma 1 della legge 26 novembre 1992, n.468); il secondo comma della stessa disposizione prevede poi che il conduttore possa cedere o affittare totalmente o parzialmente, anche per singole annate, la quota latte senza alienare l'azienda agricola, a condizione che l'azienda del produttore cessionario sia ubicata nella medesima regione e si trovi in un territorio della medesima categoria.

La quota latte è perciò un bene immateriale, incorporale, collegato all'azienda dell'allevatore quale elemento di essa, e non più al terreno. Si tratta, insomma, di un bene oggetto di una specifica tutela giuridica il diritto sul quale, esercitato dal rispettivo titolare, è ricostruito dalla giurisprudenza europea e costituzionale quale diritto di proprietà, che può essere dismesso in cambio di un'indennità o ceduto in tutto o in parte, definitivamente o temporaneamente a favore di un terzo in cambio di un certo prezzo.

Altra ipotesi è il cd. diritto al reimpianto del vitigno che può esser trasferito a favore di altri viticoltori, con modalità autonome rispetto all'azienda di appartenenza originaria che siano determinate tra le parti convenzionalmente. Una tale fattispecie acquisisce in tal modo il rilievo oggettivo di un vero

---

<sup>1</sup> Al pari delle altre unità di misura (litri, grammi, chilometri, metri e così via) il rapporto matematico tra i metri quadrati di superficie del lotto e i metri cubi di costruzione edificabili sul medesimo, è la misura della cubatura e non la cubatura essa stessa. Solo superando un tale equivoco, è possibile affermare che la cubatura è essa stessa bene in senso giuridico.

e proprio bene – nel significato di cui all'art.810 c.c. - del tutto indipendente anch'esso rispetto al terreno di riferimento.

La dottrina, pur ricostruendo nei termini di volta in volta sopra ricordati, la fattispecie della cessione di volumetria, senza giungere, se non occasionalmente, a qualificare quale bene in sé la cubatura stessa ha, tuttavia, sempre dimostrato, nel tempo, un atteggiamento prudente, forse in più o meno consapevole attesa di un intervento normativo che fosse indice di un segnale di mutamento da parte del legislatore nazionale.

Il difetto di un elemento normativo nel panorama legislativo di qualsiasi rango ha indotto, poi, anche la dottrina più lungimirante al termine di un'approfondita analisi a discernere la circolazione del bene – cubatura, dalla sua concreta fruizione e dal suo godimento sottoposto in ogni caso alla valutazione amministrativa.

L'assenza di qualsivoglia disposizione in materia non però è oggi certo un dato di attualità: alla essenzialità delle norme presenti nella legislazione nazionale (pur in mancanza di ormai necessarie disposizioni quadro) fa da contraltare un'ipertrofia evidente della legislazione regionale, che trascura, tuttavia, per l'espreso limite di cui all'art. 117 della Costituzione che devolve al legislative nazionale la regolamentazione delle fattispecie di diritto privato.

La questione assume maggiore difficoltà proprio a proposito della perequazione cd. estesa e della compensazione nelle quali si realizza un distacco vero e proprio del diritto edificatorio dal suolo che lo ha generato a vantaggio di soggetti che non sono titolari di diritti reali sul fondo stesso; secondo recente dottrina è possibile, al riguardo, ipotizzare una sorta di dematerializzazione dello *ius aedificandi* o ancor meglio qualificare la rispettiva fattispecie “alla stregua di un (nuovo ed autonomo) bene di natura non reale (superando, in tal modo, il problema del numero chiuso dei diritti reali)”.

Alcuni sporadici interventi del legislatore nazionale confermano un tale assunto.

La Legge 15 dicembre 2004 n.308 all'art.1 comma 21 dispone che “qualora per effetto di vincoli sopravvenuti diversi da quelli di natura urbanistica non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia già stato assentito a norma delle vigenti disposizioni è in facoltà del titolare del diritto di chiedere di esercitare lo stesso su un'altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori”.

Ed al comma 22 aggiunge che “ in caso di accoglimento dell'istanza presentata ai sensi del comma 21, la traslazione del diritto di edificare su area diversa comporta la contestuale cessione al Comune a titolo gratuito dell'area interessata dal vincolo sopravvenuto”.

L'art. 1 commi 258 e 259 della legge n.244 del 24 dicembre 2007 dispone, poi, che all'interno dei meccanismi perequativi e delle previsioni degli strumenti urbanistici, in aggiunta delle aree necessarie per garantire gli *standards*, siano definiti *ambiti* (e non più zone) la cui trasformazione è subordinata alla cessione gratuita da parte dei proprietari, singoli o riuniti in forma consortile, di aree o immobili da destinare a edilizia residenziale sociale in rapporto al fabbisogno locale e in relazione all'entità e al valore della trasformazione. In tali ambiti, è possibile prevedere, inoltre, l'eventuale fornitura di alloggi a canone calmierato, concordato e sociale. Si può, poi, prevedere in occasione della localizzazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, una premialità di cubatura che deve restare nei limiti di incremento massimo della capacità edificatoria prevista per gli ambiti stessi, come definiti dalla medesima legge.

I Comuni potranno, insomma, mediante i propri strumenti urbanistici, definire gli *ambiti* nei quali è permessa l'attribuzione di diritti premiali purché:

- il diritto edificatorio premiale sia assegnato per il perseguimento di finalità relative all'attuazione dell'edilizia residenziale sociale, al rinnovo urbanistico ed edilizio, e alla riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti;

- l'incremento volumetrico non superi l'incremento massimo della capacità edificatoria prevista per gli ambiti nei quali sono collocate le aree destinate all'edilizia residenziale sociale.

L'art. 11 della legge 6 agosto 2008, n. 133, sotto la rubrica “Piano Casa”, contiene le linee guida per l'emanazione di un decreto legislativo che abbia quale fine il garantire su tutto il territorio nazionale

i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana<sup>2</sup>. E' evidente il segnale di un nuovo interesse del legislatore per l'edilizia residenziale sociale, la cui incentivazione è fondata sul ruolo degli imprenditori privati ai quali è devoluto il compito della promozione dell'iniziativa.

Tale disposizione contiene al comma 5<sup>3</sup> tre precise indicazioni normative che per la prima volta – nella legislazione nazionale - attribuiscono alla cubatura in sé (*rectius* ai diritti edificatori), vera e propria dignità di bene, inteso nel senso tecnico giuridico di cui all'art. 810 c.c. : la volumetria cessa insomma di essere un mero rapporto matematico per assurgere essa stessa ad oggetto del diritto.

In particolare, gli interventi del Piano Casa potranno essere realizzati anche:

- mediante il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo (lettera a);

---

<sup>2</sup> I commi 2, 3 e 4 dell'art. 11 così dispongono: 2. "Il piano e' rivolto all'incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo attraverso l'offerta di abitazioni di edilizia residenziale, da realizzare nel rispetto dei criteri di efficienza energetica e di riduzione delle emissioni inquinanti, con il coinvolgimento di capitali pubblici e privati, destinate prioritariamente a prima casa per:a) nuclei familiari a basso reddito, anche monoparentali o monoreddito;b) giovani coppie a basso reddito;c) anziani in condizioni sociali o economiche svantaggiate;d) studenti fuori sede;e) soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio;f) altri soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1 della legge 8 febbraio 2007, n. 9;g) immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione

3. Il Piano nazionale di edilizia abitativa ha ad oggetto la costruzione di nuove abitazioni e la realizzazione di misure di recupero del patrimonio abitativo esistente ed e' articolato, sulla base di criteri oggettivi che tengano conto dell'effettivo bisogno abitativo presente nelle diverse realtà territoriali, attraverso i seguenti interventi: a) costituzione di fondi immobiliari destinati alla valorizzazione e all'incremento dell'offerta abitativa, ovvero alla promozione di strumenti finanziari immobiliari innovativi e con la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati, articolati anche in un sistema integrato nazionale e locale, per l'acquisizione e la realizzazione di immobili per l'edilizia residenziale;b) incremento del patrimonio abitativo di edilizia con le risorse anche derivanti dall'alienazione di alloggi di edilizia pubblica in favore degli occupanti muniti di titolo legittimo, con le modalità previste dall'articolo 13; c) promozione da parte di privati di interventi anche ai sensi della parte II, titolo III, Capo III del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;d) agevolazioni, anche amministrative, in favore di cooperative edilizie costituite tra i soggetti destinatari degli interventi, potendosi anche prevedere termini di durata predeterminati per la partecipazione di ciascun socio, in considerazione del carattere solo transitorio dell'esigenza abitativa;e) realizzazione di programmi integrati di promozione di edilizia residenziale anche sociale.

4. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti promuove la stipulazione di appositi accordi di programma, approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa delibera del CIPE, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, al fine di concentrare gli interventi sulla effettiva richiesta abitativa nei singoli contesti, rapportati alla dimensione fisica e demografica del territorio di riferimento, attraverso la realizzazione di programmi integrati di promozione di edilizia residenziale e di riqualificazione urbana, caratterizzati da elevati livelli di qualità in termini di vivibilità, salubrità, sicurezza e sostenibilità ambientale ed energetica, anche attraverso la risoluzione dei problemi di mobilità, promuovendo e valorizzando la partecipazione di soggetti pubblici e privati. Decorsi novanta giorni senza che sia stata raggiunta la predetta intesa, gli accordi di programma possono essere comunque approvati."

<sup>3</sup> I commi 5 e 6 dell'art. 11 così recitano: "5. Gli interventi di cui al comma 4 sono attuati anche attraverso le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, Capo III, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, mediante: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 di 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 di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444; c) provvedimenti mirati alla riduzione del prelievo fiscale di pertinenza comunale o degli oneri di costruzione; d) la costituzione di fondi immobiliari di cui al comma 3, lettera a) con la possibilità di prevedere altresì il conferimento al fondo dei canoni di locazione, al netto delle spese di gestione degli immobili; 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 di cui al comma 2.

6. I programmi di cui al comma 4 sono finalizzati a migliorare e a diversificare, anche tramite interventi di sostituzione edilizia, l'abitabilità, in particolare, nelle zone caratterizzate da un diffuso degrado delle costruzioni e dell'ambiente urbano."

- mediante *incrementi premiali di diritti edificatori* finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di 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 di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444 (lettera b);

- ed ancora mediante *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 (lettera e).

Dopo il primo timido tentativo della ricordata legge 15 dicembre 2004 n.308, ma ancor più dopo le disposizioni appena menzionate del 2007 e del 2008, il legislatore inizia a mostrare un interesse nuovo nei confronti dell'urbanistica perequativa, compensativa e premiale, sia con riguardo alla sua genesi, sia alla circolazione vera e propria dei diritti edificatori, legittimando e, forse, anche incentivando, la creazione di prassi negoziali: la carenza assoluta di una disposizione - quadro di legge nazionale avrebbe, infatti, rafforzare il tentativo di dissuadere il pratico e l'interprete dalla ricerca di soluzioni negoziali che fossero sempre più appaganti, proprio per l'assunto della riserva costituzionale alla mano del legislatore nazionale e della preclusione al legislatore regionale di qualsiasi intervento su tale materia.

Va, invece, in senso nettamente contrario, segnalato, come acutamente già evidenziato<sup>4</sup>, che le appena ricordate disposizioni sembrano piuttosto presupporre il fenomeno e non assumere il ruolo di elementi fondanti dello stesso: la generazione ed il trasferimento dei diritti edificatori sono semplicemente enunciati, lasciando che "ambiti, contenuti e condizioni" siano regolati da normative regionali e prassi applicative alle quali è devoluta la disciplina delle ipotesi, delle forme e delle modalità di trasferimento.

La ricordata produzione normativa nazionale, magari non organica e carente nelle sue linee definitorie e contenutistiche, magari anche colorata dal sapore dell'occasionalità, ha, però, certo il pregio di avere per la prima volta dato un *chiaro e inequivoco* fondamento tecnico giuridico alle attività negoziali che hanno ad oggetto siffatti diritti, sulla scorta della variegata disciplina regionale.

E', per altro verso, vero, infatti, che la regolazione convenzionale delle fattispecie premiali affonda, in realtà, le proprie radici addirittura nella legge urbanistica del 17 agosto 1942 n.1150, laddove attribuisce direttamente ai Comuni il potere di conformazione della proprietà immobiliare.

La riconduzione ultima della urbanistica premiale nell'alveo della disciplina urbanistica del 1942 reca in sé la soggezione di essa ad alcuni evidenti limiti: in particolare, il richiamo essenziale alla zonizzazione (art.7) ed all'obbligo di determinare per ciascuna zona "limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza di distanza tra i fabbricati (art.41 *quinquies*), con l'effetto tecnico pratico che l'atterraggio dei diritti edificatori potrà avvenire solo ed esclusivamente nelle zone a tal uopo esattamente destinate dallo strumento urbanistico vigente.

Ecco, perché il legislatore nazionale, nella scrittura delle scarse disposizioni appena citate, si è limitato quasi a dichiarare semplicemente come presupposto un fenomeno che appare creato dal diritto vivente.

Ricorda un Autore (Bartolini) che la conformazione della proprietà alla quale la tradizionale pianificazione è ispirata segue lo schema (di elaborazione sociologica) della *regolazione finale* "che impone dei comportamenti da seguire necessariamente per raggiungere un determinato obiettivo".

La *regolazione condizionale* informa, invece, una conformazione basata sulla tecnica della premialità: dalle disposizioni non sono imposti comportamenti obbligati per l'ottenimento dello scopo, ma semplicemente indicati obiettivi incentivati appunto attraverso la predisposizione di meccanismi premiali.

Si tratterebbe, insomma, nel caso della premialità, di "una proprietà conformata tramite l'impiego della regolazione condizionale e non finale" che si fonda sulla potestà conformativa che trae la propria fonte direttamente nella legge urbanistica del 17 agosto 1942 n.1150.

---

<sup>4</sup> A. BARTOLINI *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)* op. cit. in *Giust. Amm.*, p.167.

La previsione espressa da parte del legislatore nazionale dei diritti edificatori, quale possibile oggetto di un negozio traslativo, permette di superare definitivamente, altresì, l'opinione che un forte ostacolo alla configurazione autonoma dei *diritti edificatori* sarebbe stato costituito proprio dal principio di tipicità dei diritti reali.

Secondo un'altra opinione, pur anteriore alla ricordata produzione normativa nazionale, oggetto delle cessioni e dei trasferimenti di cubatura, non sarebbero diritti edificatori, ma "interessi legittimi volti a pretendere nei confronti dell'amministrazione *domina*, che l'astratta volumetria riconosciuta dal potere di piano o altre fattispecie equipollenti, possa concretizzarsi tramite il rilascio del titolo abilitativo ( *e similia*)".

Una tale ultima opinione troverebbe la propria giustificazione nell'evoluzione storica della materia, che negli anni ottanta e novanta del 1900, esprimeva una concezione non patrimoniale e formale dell'interesse legittimo, tale da impedire che lo stesso potesse direttamente costituire oggetto di una negoziazione tra privati; successivamente, con la previsione degli accordi amministrativi gli interessi legittimi divengono situazioni negoziabili tra la pubblica amministrazione ed i privati; inoltre, dopo la sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte n.500 del 1999, gli interessi legittimi sono definibili situazioni sostanziali dirette a proteggere i beni della vita e, dunque, patrimonializzabili e, laddove oggetto di lesione, risarcibili proprio in quanto posizioni suscettibili di un'autonoma valutazione economica.

In tale luce, l'interesse legittimo, negoziabile nei rapporti tra privati e pubblica Amministrazione, autonomamente risarcibile ove lesa *contra ius*, può costituire oggetto di atti dispositivi tra privati. Tecnicamente, allora, le parti non dispongono di diritti edificatori, ma "di interessi pretensivi alla realizzazione delle volumetrie".

Invero, una tale ricostruzione delle fattispecie, del tutto apprezzabile per originalità e per certi versi anche condivisibile, non ha tenuto in considerazione (per ragioni squisitamente temporali, essendo stata formulata prima) l'intervento legislativo dell'art. 1 commi 258 e 258 della legge n.244 del 24 dicembre 2007 e dell'art. 11 della legge 6 agosto 2008, n. 133, prima ricordati che insieme all'art.1 comma 21 della Legge 15 dicembre 2004 n.308, costituiscono pur nella loro incompletezza, una sorta di immaginaria linea Maginot nella materia urbanistica.

Secondo una recente impostazione, inoltre, la circolazione del bene – cubatura, pur oggettificato dal punto di vista giuridico, deve essere distinta rispetto al godimento ed allo sfruttamento di essa sul lotto beneficiario dall'attribuzione, che in ogni caso è subordinata all'esito positivo dell'*iter* procedimentale per il rilascio del permesso di costruire.

Ebbene, siffatti diritti edificatori, pur costituendo la dimensione quantitativa dello *ius aedificandi*, assurgono oggi proprio a seguito dei ricordati interventi del legislatore ordinario, alla dignità di bene, inteso nel senso tecnico giuridico di cui all'art. 810 c.c. e possono costituire essi stessi oggetto di rapporti giuridici e del diritto soggettivo.

La cubatura reificata consiste, insomma, in una *chance* ossia "una potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio", ed è bene in sé distinto dal bene finale (la costruzione), la cui prerogativa è la concreta possibilità di impiego della volumetria corrispondente, proprio in considerazione dell'elevato grado di rigore che anima la disciplina urbanistica ed edilizia.

La peculiarità della fattispecie è, dunque, evidente: le operazioni sulla volumetria si pongono sull'esatto confine tra diritto amministrativo e diritto civile, atteggiandosi la cubatura quale bene che può formare oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici e contemporaneamente interesse legittimo nei confronti della pubblica Amministrazione strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima.

Riemerge, allora, in modo prepotente la questione mai sopita del rilievo che per il giurista hanno le categorie ordinanti.

La *chance* edificatoria – la cui lesione sul piano extracontrattuale è, peraltro, ormai perfettamente risarcibile – si può conformare, insomma, in modo diverso (quale rispettivamente diritto soggettivo ed interesse legittimo), in relazione al piano sul quale si opera: essa può costituire, infatti, nei rapporti tra le parti private oggetto di un rapporto obbligatorio di natura personale

riconducibile allo schema del diritto di credito (i cd. *crediti di cubatura* o di *compensazione*), allorquando il trasferimento opera in *volo*, senza necessità di decollo o atterraggio oppure di un diritto reale, come avviene, ad esempio, in materia di micropianificazione urbanistica o di perequazione, nelle quali i meccanismi di decollo e atterraggio sono ben definiti; assume, invece, almeno sino al tempo dell'avvenuto rilascio del titolo edilizio che ne costituisce lo scopo ultimo, la veste di interesse legittimo nei confronti della pubblica Amministrazione.

Appare evidente, in una tale configurazione della fattispecie, il rilievo del profilo contrattuale e con esso il ruolo che il notaio deve svolgere, attesi i rischi che la circolazione di siffatta *chance*, reca proprio per i suoi chiari profili di indeterminatezza; l'atterraggio potrebbe essere, infatti, impedito, in concreto, dalla mancanza o dalla scarsità delle aree o ancora da sopravvenienze di tipo normative o addirittura di fatto.

Inoltre, qualora si aderisse alla impostazione secondo la quale l'oggetto immediato del rapporto contrattuale è costituito dall'interesse legittimo di tipo pretensivo sopra descritto, ne discenderebbe una effettiva imprescrittibilità che ha indotto un interprete a sollecitare uno specifico intervento normativo sul punto.

E' preferibile, invece, ritenere che il regime della prescrizione operi in funzione della natura giuridica del diritto in gioco, in linea con la conformazione del rapporto giuridico effettuata dalle parti.

Il pregio della distinzione nella qualificazione della fattispecie tra diritto soggettivo (nei rapporti tra le parti, atteggiato a sua volta nei termini richiesti da ciascuna fattispecie) ed interesse legittimo (nei riguardi della pubblica Amministrazione), permette, allora, di realizzare anche lo scopo di porre accanto al chiaro richiamo allo strumentario del contrattualista nella predisposizione dell'atto negoziale, che curerà l'emersione dei profili di realtà, il riferimento evidente ai meccanismi di salvaguardia specifici della situazione giuridica lesa nei confronti dell'ente pubblico.

Resta di tutta evidenza la difficoltà del compito devoluto all'operatore contrattuale, chiamato a dipanare una matassa tecnico giuridica che diviene vieppiù complessa ove si pone mente alla sempre più mobile frontiera dei diritti reali.

La qualificazione oggettiva della cubatura lascia, poi, del tutto impregiudicata la questione della pubblicità degli atti interpretati, che seguirà le regole dello statuto rispettivo dei diritti reali e dei diritti di credito.

**3.** Una tale ricostruzione opererebbe, però, chiaramente in funzione limitativa del contenzioso, atteso che ciascuno dei profili della fattispecie sarebbe soggetto alla propria disciplina ed, in particolare, ai meccanismi di tutela propri di essa, ordinaria o amministrativa. Il ruolo della negozialità resta tuttavia essenziale per permettere al procedimento amministrativo di raggiungere i suoi effetti. Se la fase genetica di natura pubblica del bene non viene mai meno, appare essenziale e legittima l'adozione delle regole civilistiche nella circolazione di esso; il bene infatti, nonostante la sua genesi non perde mai la sua connotazione di inerenza all'oggetto immobiliare dal quale promana; con l'effetto che di tale vicenda è necessario darne conto nei pubblici registri immobiliari, indipendentemente dal fatto che il meccanismo di emersione sia legato ad un fenomeno riconducibile alla perequazione, alla compensazione ed alla incentivazione, categoria ciascuna di esse la cui definizione è devoluta alle legislazioni regionali che l'hanno espressa in modo non conforme tra di esse.

E' certo però che da tali premesse discende il ricorso agli strumenti contenuti nella valigia del civilista e primo tra di essi certamente la vendita.

La maggiore difficoltà concreta e teorica di siffatti beni è connessa al tempo del volo ed in specie alla definizione delle regole in tale fase; un mandato in rem propriam finalizzato all'individuazione del fondo di atterraggio da parte del primo cedente e dei successivi cedenti appare fortemente consigliabile, nonostante si debba ritenere però che in realtà che un tale effetto sia implicito nella cessione quale espressione del diritto stesso ceduto. Una tale precisazione nell'atto è invero solo ad abundantiam perché per effetto del trasferimento della cubatura il

cessionario è già titolare del potere/diritto di individuare il luogo nel quale spendere il diritto e nonché di gestire ogni fase del procedimento di volo e atterraggio nei confronti della pubblica amministrazione.

Giuseppe Trapani