

32 - LA NATURA GIURIDICA DEL DIRITTO NASCENTE DAL CONTRATTO DI CESSIONE DI CUBATURA.

di *Giulia Mascaro*

Schema di svolgimento della traccia

• Premessa introduttiva • La natura giuridica del contratto di cubatura. Le tesi sul campo prima della legge n. 106/2011 • L'impatto della legge n. 106/2011 • I due interventi delle Sezioni Unite.

• Premessa introduttiva.

► Il **contratto di cessione di cubatura** può definirsi come il contratto con il quale il proprietario di un'area edificabile cede ad un altro soggetto, anch'esso proprietario di un'area edificabile, la propria facoltà di edificare, affinché quest'ultimo possa ottenere dalla P.A. (nello specifico dal Comune) l'autorizzazione a costruire per una cubatura, ossia per una volumetria, maggiore rispetto a quella che gli spetterebbe.

► È di immediata evidenza che l'utilizzo effettivo della maggior cubatura è **subordinato all'assenso del Comune**, il quale deve autorizzare il cessionario a costruire secondo la volumetria maggiorata. Deve precisarsi che i due terreni non devono essere necessariamente limitrofi, essendo necessario che essi siano assoggettati ai medesimi piani regolatori.

► Nel contratto cessione di cubatura vengono solitamente individuate **tre diverse fasi**: la fase di "**decollo**", nella quale la cubatura si "scinde" dal terreno del cedente; la fase di "**volo**", durante la quale la cubatura, sganciata dal suolo, circola in modo autonomo; infine, la fase di "**atterraggio**", nella quale la cubatura viene utilizzata dal cessionario sul suolo di sua proprietà.

► Il legislatore, con la **legge n. 106/2011**, ha modificato l'**art. 2643 c.c.**, rendendo trascrivibili anche "*i contratti che costituiscono,*

trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale", senza tuttavia prendere posizione sulla natura giuridica del diritto nascente da tale contratto.

• **La natura giuridica del contratto di cubatura. Le tesi sul campo prima della legge n. 106/2011.**

► **Una prima tesi** ritiene che il diritto nascente dalla fattispecie negoziale in oggetto si atteggi come diritto reale autonomo rispetto alla proprietà del suolo ed avente ad oggetto la facoltà di edificare ad una cubatura maggiorata e autonomamente trascrivibile.

► La **suesposta ricostruzione** è stata pesantemente avversata in quanto ritenuta frutto di una pericolosa **violazione dei principi in materia di diritti reali**.

► Come noto, in tale ambito l'autonomia privata è fortemente limitata poiché è riservato alla legge il potere di creare diritti reali (principio del *numerus clausus*) nonché di fissarne il contenuto (principio di tipicità).

► Non può certamente negarsi che i principi appena citati verrebbero vulnerati se si qualificasse il diritto nascente dal contratto di cessione di cubatura come un diritto reale nuovo e autonomo in difetto di una norma espressa che lo prevede.

► Per tali ragioni, **un diverso orientamento** qualifica il diritto in disamina come un **diritto reale su cosa altrui, nello specifico come diritto di servitù** (artt. 1027 c.c.), individuando il fondo dominante nel terreno del cessionario e il fondo servente nel terreno del cedente. Come avviene nelle servitù, il cedente è tenuto ad un “*paci*” ossia a non chiedere, a sua volta, al Comune la facoltà di costruire ad una cubatura maggiorata e ad aderire alla richiesta del cessionario nei confronti della P.A. nonché a “sopportare” che quest’ultimo sfrutti la maggior volumetria acquisita. Se si aderisse alla tesi che qualifica il diritto edificatorio come servitù prediale, da un lato, poiché essa può costituirsi anche per contratto (art. 1031 c.c.), verrebbero rispettati i principi di tipicità e del *numerus clausus*; dall’altro lato, poiché il contratto che costituisce o modifica servitù prediali è trascrivibile a norma dell’art. 2643, numero 4), c.c., il contratto di cessione di cubatura potrebbe trascriversi ed opporsi ai terzi.

► Nonostante gli innegabili pregi della lettura ermeneutica appena esaminata, essa non è andata esente da critiche.

► In prima battuta, si sostiene che aderire alla tesi della servitù **valorizzerebbe il solo aspetto privatistico della vicenda in oggetto**, obliando il ruolo della P.A.

► Inoltre, come noto, ai fini della sussistenza di una servitù prediale, è richiesta la “*vicinitas*” tra i fondi, mentre, come detto, i fondi del cessionario e del cedente possono essere anche non limitrofi.

► Da ultimo, nella fattispecie in disamina manca il requisito principale della servitù, **ossia l’alterità tra fondi**: infatti, con la cessione di cubatura, il cessionario non esercita un diritto su un bene altrui, ma una facoltà su un bene proprio (nello specifico, la facoltà di edificare,

sul proprio terreno, secondo una volumetria maggiore).

► **Una diversa tesi** ritiene maggiormente di pregio discorrere di un **diritto di credito a natura obbligatoria**.

► Segnatamente, dal contratto nascerebbe un diritto di credito a favore del cessionario, che obbliga il cedente a non chiedere a sua volta alla P.A. la cubatura maggiorata e ad aderire alla richiesta del cessionario medesimo nei confronti del Comune.

► Nella descritta vicenda si **incardina il provvedimento autorizzativo della P.A.**, che condiziona l’efficacia e l’effettività della cessione. Il contratto avrebbe esclusivamente un’efficacia obbligatoria tra le parti, mentre l’effetto traslativo si realizzerebbe solamente a seguito del rilascio del permesso di costruire da parte del Comune.

► Se, quindi, ci si trova in presenza non di un diritto reale bensì di un diritto di credito a natura obbligatoria, non rientrando tra quelli soggetti a trascrizione *ex art. 2643 c.c.*, è evidente che un eventuale conflitto tra più cessionari andrà risolto in base alle norme del diritto amministrativo e non in forza delle disposizioni del diritto civile: di conseguenza, in caso di doppia cessione di cubatura, prevarrà **colui che per primo ha ottenuto dal Comune l’autorizzazione a costruire per una volumetria maggiorata**.

• **L’impatto della legge n. 106/2011**. I termini della “*querelle*” devono essere necessariamente rivisti alla luce della l. n. 106/11, la quale ha inserito nell’art. 2643 c.c. il numero 2-bis), che rende trascrivibili i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano “*i diritti edificatori comunque denominati*”, previsti da normative statali o regionali o da strumenti

di pianificazione territoriale. Alla luce del citato intervento, è incontestabile che eventuali conflitti tra cessionari si risolveranno in base al **principio della priorità della trascrizione** in luogo delle regole del diritto amministrativo. Il legislatore, tuttavia, non ha chiarito la natura giuridica del diritto nascente dal contratto di cessione di cubatura.

► Una prima tesi ne sostiene **la natura reale**, affermando che la menzione espressa dei “*diritti edificatori*”, nonché l’onere di trascrizione, sono indici chiari ed univoci di realtà.

► Secondo la tesi in oggetto, la l. n. 106/11 non si è limitata ad introdurre la trascrivibilità del contratto di cessione di cubatura, ma ha anche tipizzato una nuova specie di diritti reali (i diritti edificatori), nel rispetto dei principi di tipicità e del *numerus clausus*.

► Un opposto orientamento continua a qualificare il diritto nascente dal contratto di cessione di cubatura come **diritto a natura obbligatoria**, minimizzando, altresì, la portata dell’intervento del legislatore, il quale, in tale ottica, avrebbe avuto l’esclusivo intento di rendere la fattispecie negoziale in oggetto trascrivibile, senza voler creare nuovi diritti reali.

► **La trascrivibilità non può ritenersi un marchio di realtà**, atteso che l’ordinamento italiano conosce ipotesi di **negozi obbligatori ed eppure trascrivibili**: basti pensare alla locazione con durata superiore a nove anni e al contratto preliminare, trascrivibili ai sensi degli artt. 2643, n. 8) e 2645-bis c.c.

► Vi sono ulteriori argomentazioni che conducono ad escludere che il legislatore del 2011 abbia voluto tipizzare una nuova categoria dei diritti reali: se si aderisse alla tesi della realtà, allora il legislatore avrebbe rispettato il principio del “*numerus clausus*”, prevedendo espressamente la citata categoria, **ma avrebbe**

finito per violare il principio di tipicità, che impone l’intervento legislativo anche per la fissazione del contenuto del diritto reale. Invece, il numero 2-bis) dell’art. 2643 c.c. non ha introdotto alcuna disciplina normativa ed, anzi, la locuzione diritti edificatori “*comunque denominati*” appare troppo generica ai fini del rispetto del principio di tipicità.

• **due interventi delle Sezioni Unite.**

► Con una prima pronuncia, resa **nel 2020**, le Sezioni Unite sono state chiamate a chiarire se possa considerarsi edificabile, ai fini dell’imposizione delle imposte Ici/Imu, un terreno invero non più edificabile perché la cubatura è stata oggetto di cessione nell’ambito delle procedure di compensazione urbanistica, ma il terreno che potrà pregiarsi della cessione ancora non è stato identificato, dunque il diritto edificatorio si trova nella fase di “volo”.

► Le Sezioni Unite hanno fornito al quesito risposta negativa, ritenendo che il terreno non possa considerarsi edificabile, nemmeno ai fini tributari, **fino al momento della conclusione del procedimento di compensazione, perché il diritto edificatorio scorporato non ha natura reale**.

► Il Supremo Consesso osserva che se una delle maggiori caratteristiche dei diritti reali è l’inerenza al bene, allora è di tutta evidenza come la fattispecie oggetto di attenzione ne sia deficitaria: ciò si manifesta proprio nella fase del “volo”, durante la quale il diritto edificatorio non può esercitarsi sul fondo del cedente ma nemmeno su quello del cessionario, perché non ancora individuato.

► Le **Sezioni Unite** sono tornate nuovamente sulla tematica con una pronuncia resa **nel 2021**, con la quale, oltre a ribadire la natura non reale dello *ius aedificandi*, hanno anche

offerto pregevoli chiarimenti circa la natura del contratto stipulato tra le parti, nonché in relazione al ruolo del permesso di costruire per la cubatura maggiorata rilasciato dalla P.A.

► In prima battuta, le Sezioni Unite sconfessano l'argomentazione secondo la quale l'introduzione del numero 2-bis) nell'art. 2643 c.c. sia sintomatico di realtà. Infatti, non soltanto, come già evidenziato, esistono negozi obbligatori eppure trascrivibili (i già citati contratto preliminare e locazione con durata superiore a nove anni), ma, soprattutto, **se i diritti edificatori avessero natura reale, allora sarebbero già trascrivibili**, senza necessità di una previsione *ad hoc*. Se così è, allora, l'introduzione del numero 2-bis) depone per la negazione della realtà del diritto edificatorio e non come argomentazione a suo sostegno.

► Secondo le Sezioni Unite, inoltre, **anche la tesi della natura obbligatoria presenta delle criticità** nella misura in cui sostiene che l'effetto traslativo si verifichi solamente a seguito del rilascio del permesso di costruire da parte

del Comune.

► A parere del Supremo Consesso, **non è il provvedimento della P.A. a realizzare l'effetto traslativo, bensì il contratto stipulato tra le parti**, in conformità al pluricitato art. 2643, n. 2-*bis*), c.c. che menziona i contratti che "*trasferiscono*" i diritti edificatori.

► Nella descritta ottica, **il permesso di costruire** - al cui rilascio il cedente è tenuto a cooperare in ossequio ai doveri di correttezza, lealtà e buona fede - non esplica alcuna efficacia traslativa, ma svolge **funzione di regolazione e di autorizzazione al pari di ogni provvedimento amministrativo ampliativo**.

► Alla luce di ciò, le Sezioni Unite affermano che il contratto di cessione di cubatura è **un atto traslativo di un diritto patrimoniale non reale**: la fattispecie non richiede forma scritta, è trascrivibile e, in relazione all'imposta di registro, non si applica l'aliquota proporzionale prevista per gli atti traslativi di diritti reali.

Legislazione correlata

• Codice Civile: artt. 2643 n. 1 e 4, 1322, 1027, 1031.