

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 23 - giugno 2021

LA CESSIONE DI CUBATURA AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

Matteo Buccellato

LA CESSIONE DI CUBATURA AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE^o**Matteo Buccellato***Dottore Magistrale in Giurisprudenza*

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Unite, 9 giugno 2021, n. 16080 – Pres. Tirelli – Rel. Stalla.

Negoziò di cessione di cubatura - Natura giuridica - Conseguenze in tema di imposte.

La cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: - immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.; - trascrivibile ex art. 2643, n. 2 bis c.c.; - assoggettabile ad imposta proporzionale di registro come atto 'diverso' avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale ex art. 9 Tariffa Parte Prima allegata al d.P.R. n. 131 del 1986 nonché, in caso di trascrizione e voltura, ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa ex artt. 4 Tariffa allegata al d.lgs. n. 347 del 1990 e 10, comma 2, del medesimo d.lgs.

^oSaggio sottoposto a double-blind peer review.

1. La cessione di cubatura è un negozio soggetto ad un'imposta proporzionale di registro con aliquota pari al 3%, configurandosi ai fini fiscali quale atto "diverso" avente per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale, non potendosi riconoscere natura reale al diritto edificatorio¹. È questa la conclusione a cui sono di recente pervenute le Sezioni Unite della Cassazione², con una pronuncia che ha fatto chiarezza sul tema della cessione di cubatura, fornendone una lettura fiscalmente orientata che possa rivelarsi coerente con la questione civilistica della natura giuridica dell'atto traslativo.

La controversia trae origine da un trasferimento di volumetria concluso tra due privati nel Comune di Latina. Una delle parti aveva stipulato con l'ente locale una convenzione a fronte della quale si era vista attribuire un'ampia disponibilità di cubatura compensativa, parte della quale successivamente trasferita ad un terzo, con l'impegno del cedente a prestare ogni consenso necessario affinché il cessionario potesse ottenere dall'Amministrazione comunale il permesso di costruire "maggiorato" dal *quantum* volumetrico oggetto del negozio.

L'Agenzia delle Entrate emetteva un avviso di liquidazione ritenendo l'operazione traslativa soggetta a tassazione in misura proporzionale sia per l'imposta di registro (pari all'8%³), sia per quella ipotecaria e catastale (pari, rispettivamente, al 2% ed all'1%⁴). La Commissione Tributaria Provinciale di Latina annullava tale avviso, considerando la cubatura priva di qualsiasi assimilabilità ad un diritto reale e per questo tassandone la traslazione con la sola imposta di registro con aliquota al 3%, in ossequio all'art. 9 Tariffa Parte I allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, quale semplice prestazione a contenuto patrimoniale. Tuttavia, la Commissione Tributaria Regionale del Lazio sconfessava l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate, ribadendo l'intrinseca

¹ In tal senso l'art. 9 Tariffa Parte I allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, per il quale: «*Atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale: 3%*».

² Cass. Sez. Un., 9 giugno 2021, n. 16080, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 10 giugno (con nota di CORRADO).

³ Attualmente l'aliquota è al 9%. In tal senso si veda l'art. 1 Tariffa Parte I allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, per cui: «*Atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere e atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, compresi la rinuncia pura e semplice agli stessi, i provvedimenti di espropriazione per pubblica utilità e i trasferimenti coattivi: 9 per cento*».

⁴ Si veda il d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 247, il quale, per quanto concerne l'imposta catastale, all'art. 4, c. 1 prevede che le «*vulture catastali sono soggette all'imposta del 10 per mille sul valore dei beni immobili o dei diritti reali immobiliari...*», mentre, per quanto attiene all'imposta ipotecaria, all'art. 1 della Tariffa allegata al medesimo d.lgs. sancisce che «*le trascrizioni di atti e sentenze che importano trasferimento di proprietà di beni immobili o costituzione o trasferimento di diritti reali immobiliari sugli stessi...*» sono soggette ad aliquota pari al 2%.

realità della (cessione di) cubatura, configurandosi quale trasferimento di una facoltà inerente al diritto di proprietà su di un dato terreno.

Proprio per via di questo contrasto interpretativo, la Sezione Sesta - Tributaria della Corte di Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria n. 19152 del 15 settembre 2020, ha rimesso gli atti di causa al Primo Presidente al fine di assegnare alle Sezioni Unite la questione della massima importanza concernente «*la qualificazione giuridica dell'atto di cessione di cubatura ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro*»⁵. Una questione, tra l'altro, che ruotando attorno ad una «*tipica imposta d'atto*» qual è quella di registro⁶, impone *ex ante* un'esatta qualificazione del negozio dal punto di vista civilistico, in linea con quanto stabilito dall'art. 20 del d.P.R. n. 131/1986, per cui tale imposta va applicata «*secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione*».

2. Per inquadrare i temi sottesi alla pronuncia delle Sezioni Unite, pare opportuno fornire un breve *excursus* sull'evoluzione normativa della cessione di cubatura nell'ordinamento giuridico italiano. L'autonoma rilevanza negoziale dell'apporto volumetrico dei terreni trae origine da alcuni innovativi piani regolatori comunali risalenti alla seconda metà del secolo scorso, i quali, a determinate condizioni, riconoscevano la possibilità di trasferire cubatura tra fondi appartenenti a differenti proprietari⁷.

Un primo formale inquadramento legislativo arrivò con la c.d. Legge Ponte (l. 6 agosto 1967, n. 765), che per mezzo dell'art. 17 introdusse nella c.d. Legge Urbanistica (l. 17 agosto 1942, n. 1150) l'art. 41-*quinquies*⁸, il quale,

⁵ Cass. Sez. VI, ordinanza interlocutoria n. 19152 del 15 settembre 2020, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1391.

⁶ Ciò è chiaramente deducibile dall'art. 1 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, il quale stabilisce che «*l'imposta di registro si applica, nella misura indicata nella tariffa allegata al presente testo unico, agli atti soggetti a registrazione e a quelli volontariamente presentati per la registrazione*».

⁷ Su tutti, si ricordi il PRG del Comune di Torino del 1959, il quale all'art. 6 stabiliva che «*nell'ambito del singolo lotto, degli isolati, del gruppo di isolati, o dell'intera zona (a seconda dell'unità fabbricativa compresa nel piano d'insieme) la cubatura ammessa è trasferibile anche su diverse proprietà purché il trapasso di cubatura 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 in modo che sia conservata nel complesso la cubatura media di zona*».

⁸ Si richiamano le disposizioni dei commi 8. («*In tutti i Comuni, ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, debbono essere osservati limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde, pubblico o a parcheggi*») e 9. («*I limiti e i rapporti previsti dal precedente comma sono definiti per zone territoriali omogenee, con decreto del Ministro per i lavori pubblici di concerto con quello per l'interno, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici. In sede di prima applicazione della*

prevedendo determinati *standard* edilizi ed urbanistici nell'ambito dell'attività edificatoria e della pianificazione territoriale, disciplinò i limiti inderogabili di densità edilizia⁹, ossia indici numerici indicanti i metri cubi edificabili su di un dato terreno per ogni suo metro quadro, espressione del rapporto tra la superficie disponibile del fondo su cui costruire e la volumetria spendibile su di esso.

Tutto ciò alimentò la circolazione contrattuale della cubatura, contribuendo alla diffusione di un modello negoziale ritenuto legittimo nei termini in cui non violasse il «carico urbanistico sul territorio»¹⁰, stabilito dal piano regolatore per mezzo degli indici di edificabilità di riferimento per ogni singola zona. Il proprietario di un terreno che aveva a disposizione una certa quantità di cubatura non sfruttata poteva cederla al titolare di un fondo contiguo¹¹, avente la medesima destinazione urbanistica¹², in modo da

presente legge, tale decreto viene emanato entro sei mesi dall'entrata in vigore della medesima). Per l'esatta determinazione dei limiti di densità edilizia, in base alla zona territoriale di riferimento, si rimanda all'art. 7 del D.M. 2 aprile 1968, n. 1444.

⁹ Costituenti il «fondamento tecnico delle operazioni definite cessioni di cubatura»; in tal senso TRAPANI, *I diritti edificatori*, Milano, 2014, 7.

¹⁰ TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 8.

¹¹ Tale requisito serve a mantenere intatta la c.d. cubatura media nella zona di riferimento, in modo che si verifichi in concreto il già riferito meccanismo compensativo tra il decremento volumetrico del fondo cedente e l'incremento di quello cessionario. Al contrario, se fosse possibile traslare cubatura tra zone non omogenee, in quella dov'è sito il terreno cessionario vi sarebbe un superamento della densità edilizia massima stabilita dagli strumenti urbanistici. A tal fine, il requisito quantitativo in oggetto è stato letto nel tempo in termini meno rigidi rispetto alle prime pronunce sul tema. Nel senso che i terreni debbano essere confinanti o quantomeno collegati fisicamente o funzionalmente, in dottrina si veda N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. Not.*, 2003, 1117, mentre in giurisprudenza si segnala Cons. Stato Sez. V, 2 dicembre 1977, n. 1092, in *Foro amm.*, 1977, 2900; Cons. Stato Sez. V, 30 marzo 1994, n. 193, in *Rep. Giur. It.*, 1994, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 368; Cons. Stato Sez. V, 1 aprile 1998, n. 400, in *Rep. Giur. It.*, 1998, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 633. Nel senso che tra i fondi basti una mera contiguità, in dottrina si veda TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 10 (per il quale «una strada o un fosso di scolo di acque» sono inidonei a spezzare un simile nesso), mentre in giurisprudenza si ricorda Cons. Stato Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6734, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1064, secondo cui «la contiguità dei fondi non deve intendersi nel senso della adiacenza, ossia della continuità fisica tra tutte le particelle catastali interessate, bensì come effettiva e significativa vicinanza tra i fondi asserviti per raggiungere la cubatura desiderata»; TAR Puglia, sez. Bari, Sez. II, 25 agosto 2010, n. 3418, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1989, in termini per cui i fondi quantomeno «gravitano sulle medesime opere di urbanizzazione»; TAR Sicilia, sez. Catania, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4113, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 2058, che porta fino a 40 metri la distanza entro cui riconoscere sussistente la vicinanza tra fondi.

¹² L'imprevedibilità di tale requisito qualitativo è ben delineata da Cons. Stato Sez. V, 3 marzo 2003, n. 1172, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 1374, il quale sostiene come «l'asservimento della volumetria realizzabile su un lotto a favore di un altro, per consentire in quest'ultimo una

monetizzare quel *quantum* volumetrico altrimenti inespesso e soddisfare le maggiori esigenze edificatorie del cessionario¹³.

La cubatura rappresenta perciò il concreto esercizio dello *ius aedificandi*, ossia quella facoltà edificatoria, riconosciuta dallo strumento urbanistico comunale al titolare di un terreno¹⁴, che può circolare separatamente dal terreno stesso¹⁵.

Notevole, poi, è stato l'apporto normativo delle Regioni, le quali, in virtù della potestà legislativa concorrente in materia di «*governo del territorio*» (art. 117, c. 3 Cost.)¹⁶, in merito alla conformazione urbanistica di quest'ultimo, hanno

*maggior edificabilità, è consentito solo per lotti aventi la medesima destinazione urbanistica, in quanto l'opposta soluzione comporterebbe un'evidente alterazione delle norme urbanistiche che mirano a realizzare determinate caratteristiche tipologiche della zona». A tal riguardo si segnala anche LA MARCA, *La natura giuridica della cessione di cubatura e la tipicità dei diritti reali*, in *De Iustitia*, 2017, 101, che afferma come «il requisito del medesimo indice di edificabilità, come quello della medesima destinazione urbanistica, serve a scongiurare il rischio di lasciare insoddisfatte le esigenze di pianificazione urbanistica che erano state determinanti per la diversificazione degli indici di edificabilità o di destinazione tra le varie zone ove fosse consentito l'asservimento di un terreno avente un indice di fabbricabilità più vantaggioso di quello del terreno asservente, ovvero avente una diversa destinazione».*

¹³ A tal proposito GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato di diritto privato*, Vol. VII, Torino, 1982, 527 ha parlato di «micropianificazione ad iniziativa privata».

¹⁴ In tal senso la fondamentale sentenza della Corte Cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. it.*, 1981, 208, la quale, negando che con la concessione edilizia, prevista dalla c.d. Legge Bucalossi (l. 28 gennaio 1977, n. 10), si fosse dato vita ad un sistema per cui tale provvedimento amministrativo costituisse lo *ius aedificandi*, ribadì come «il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici». Conseguentemente, «la concessione ad edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto».

¹⁵ DE PAOLIS, *La pianificazione consensuale, premiale e per accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità edilizia*, in GAMBARO - MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali. Vol IV - Proprietà e pianificazione del territorio*, Milano, 2012, 389 ss. ha proposto una rilettura di tale scissione tra cubatura e (*ius aedificandi*) da una parte, e titolarità del terreno dall'altra, affermando che ciò che circola autonomamente è soltanto la cubatura, che viene a porsi quale posizione soggettiva separata dallo *ius aedificandi*, il quale, al contrario, rimane ancorato al fondo d'appartenenza consistendo nel «diritto all'esercizio di un'attività economica di trasformazione del suolo mediante la realizzazione di opere edilizie sottoposte ad un regime amministrativo». In tal modo, la (cessione di) cubatura depaupererebbe lo *ius aedificandi* del fondo cedente, accrescendo quello del fondo cessionario.

¹⁶ Ciò già avveniva prima della riforma del Titolo V della Costituzione operata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, in quanto le Regioni potevano legiferare nel campo dell'«urbanistica», nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato.

progressivamente abbandonato l'impianto zonizzante insito nella citata l. 1150/1942, per abbracciare le metodiche proprie dell'urbanistica consensuale¹⁷.

In questo quadro, le tecniche da menzionare sono quelle della *perequazione* (dove la potenzialità volumetrica viene distribuita su tutti i terreni di uno specifico comparto edificatorio, indipendentemente dalla loro edificabilità)¹⁸; della *compensazione* (in cui la cubatura viene utilizzata dai Comuni come mezzo di indennizzo alternativo al denaro da riconoscere ai privati per le cessioni a titolo gratuito di terreni vincolati all'esproprio)¹⁹; dell'*incentivazione* (consistente

¹⁷ Cfr. URBANI, *Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000; R.A. ALBANESE, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, 2020.

¹⁸ In dottrina il transito dal metodo della zonizzazione a quello della perequazione è stato egregiamente descritto da URBANI, *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, in <https://elibrary.fondazione-notariato.it/home.asp> come il passaggio da un sistema statico incentrato su «camere stagne» ad uno più dinamico caratterizzato da «vasi comunicanti», il quale «permette oltre al riconoscimento dell'edificabilità virtuale anche la circolazione di tale edificabilità su tutto il territorio trasformabile. Non più proprietari premiati o sconfitti dal piano ma un sistema che tende alla ricomposizione effettiva degli interessi tra proprietari e all'abbattimento delle rendite di posizione o marginali». Da segnalare anche il contributo di BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 104 ss., il quale ha evidenziato come «secondo la tecnica urbanistica tradizionale, un solo fondo viene gratificato di una capacità volumetrica intrinseca (ossia derivante dal fondo ed utilizzabile sul fondo) in misura pari ad 1-1 mc/mq, mentre - nello stesso contesto spaziale - altri quattro fondi vengono gravati da un vincolo connesso ad esigenze di rafforzamento della maglia infrastrutturativa ovvero vengono azionati come verde privato. L'opzione perequativa presuppone invece che quella stessa dotazione volumetrica venga ripartita equamente tra tutti i cinque lotti, a ciascuno dei quali verrà assegnato un indice perequativo 0,2-1 mc/mq, con contestuale identificazione di un solo fondo su cui avverrà la successiva concentrazione e degli ambiti destinati ad infrastrutture o a restare a verde». In giurisprudenza si richiama l'importante sentenza del Cons. Stato Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1541, la quale, in merito all'impronta perequativa data dal Comune di Roma con il PRG del 2008, ha riconosciuto alle Amministrazioni comunali, in attuazione delle scelte del legislatore statale, la titolarità della «potestà conformativa del territorio nell'esercizio delle proprie attività di pianificazione».

¹⁹ La piena legittimità di tale metodica è stata riconosciuta dalla Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179, in *Giur. it.*, 2000, 1040, la quale, nel ritenere illegittima la prassi di reiterare i vincoli pre-espropriativi o di inedificabilità a carico dei privati al termine dell'ordinaria scadenza quinquennale senza prevedere alcun indennizzo, ha lasciato al legislatore piena discrezionalità in merito alla sua «concreta liquidazione», potendo (anche) la cubatura compensativa «assicurare un serio ristoro a favore del soggetto che subisce il vincolo, in armonia con i principi costituzionali». A tal proposito, è interessante fornire il confronto tra *cessione perequativa* e *cessione compensativa* frutto della l. reg. della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, che il TAR Lombardia, sez. Milano, Sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 353 ha brillantemente esposto nei seguenti termini: «La cessione perequativa [...] è alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un

nell'attribuzione di cubatura a titolo di premiale in favore di chi ponga in essere condotte funzionali al soddisfacimento di interessi pubblici, quali, ad esempio, interventi di riqualificazione urbana, ambientale o edilizia, promozione della bioedilizia o del risparmio energetico, realizzazione dei livelli essenziali del fabbisogno abitativo)²⁰.

vincolo preespropriativo sulle aree destinate a servizi pubblici ma prevede che tutti i proprietari, sia quelli che possono edificare sulle loro aree sia quelli i cui immobili dovranno realizzare la città pubblica, partecipino alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche attraverso l'equa ed uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune. La cessione compensativa invece si caratterizza per l'individuazione da parte del pianificatore di aree, destinate alla costruzione della città pubblica, rispetto ai quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa ed unilaterale di acquisizione coattiva delle aree. In queste aree, il Comune appone il vincolo preespropriativo ed entro il termine di cinque anni deve fare ricorso all'espropriazione con la possibilità di ristorare il proprietario mediante attribuzione di 'crediti compensativi' o aree in permuta in luogo dell'usuale indennizzo pecuniario. La cessione perequativa si caratterizza per il fatto che il terreno che sarà oggetto di trasferimento in favore dell'amministrazione sviluppa volumetria propria (espressa, appunto dall'indice di edificabilità territoriale che gli viene attribuito) che, però, può essere realizzata solo sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità (aree alle quali è attribuito un indice urbanistico adeguato a ricevere anche la cubatura proveniente dai terreni oggetto di cessione). La cessione compensativa, invece, prevede la corresponsione di un corrispettivo (per la cessione) in volumetria (diritto edificatorio) o in aree in permuta (anziché in denaro, come avverrebbe tanto nel caso in cui l'area fosse acquisita bonariamente quanto nel caso in cui venisse espropriata)».

²⁰ Il settore dell'incentivazione volumetrica è stato quello in cui il legislatore statale ha in qualche modo recepito i progressi delle Regioni nel campo dei diritti edificatori (basti il richiamo ai c.d. *crediti edilizi* previsti dal Veneto con la l. reg. 23 aprile 2004, n. 11 a favore di chi demolisca opere incongrue, elimini elementi di degrado, o realizzi interventi di miglioramento della qualità urbana, paesaggistica, architettonica e ambientale), utilizzando cubatura in chiave premiale quale mezzo per un rilancio dell'edilizia italiana. Si riportano, a testimonianza di ciò, alcuni paradigmatici esempi normativi. Innanzitutto, l'art. 1, cc. 258 e 259 della c.d. legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), in cui dopo aver previsto al c. 258 che «negli strumenti urbanistici sono definiti ambiti la cui trasformazione è subordinata alla cessione gratuita da parte dei proprietari, singoli o 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», al c. 259 sancisce che «ai fini dell'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, il comune può, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria prevista per gli ambiti di cui al c. 258». Poi, è doveroso il richiamo al c.d. Piano Casa, contenuto nell'art. 11, c. 5 della l. 6 agosto 2008, n. 133 (che ha convertito il d.l. 25 giugno 2008, n. 112), dove viene riconosciuto, a favore di quei soggetti che realizzino programmi di promozione di edilizia residenziale e di riqualificazione urbana, «a) il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo; b) incrementi premiali di

A livello nazionale, il legislatore ha introdotto un riferimento codicistico ai diritti edificatori soltanto con il d.l. 13 maggio 2011 n. 70 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, il quale, da una parte ha espressamente previsto la «tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi, la “cessione di cubatura”», mentre dall'altra, «per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori», ha modificato l'art. 2643 c.c. introducendo il numero 2-bis, secondo cui «si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: [...] i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale».

In tal modo, il legislatore ha sì dato conto della realtà dei negozi volumetrici, ma lo ha fatto sotto il solo profilo pubblicitario, ancorandone l'emersione alla loro trascrizione nei Registri Immobiliari, senza però definirne i contorni sostanziali. Una infelice, ma non inusuale tecnica di *drafting* legislativo²¹, che dà per presupposta la fattispecie sostanziale, di fatto lasciando alla prassi l'onere di risolvere i molti problemi operativi che ad essa si ricollegano. Ma non è tutto, poiché utilizzando l'endiadi «comunque denominati» riferita al campo dei «diritti edificatori», il legislatore impone una lettura (*rectius*, ricostruzione giuridica) unitaria per tutte le figure volumetriche rinvenibili in tale *genus*²², le quali vengono determinate e disciplinate *per relationem* in virtù dell'espresso riferimento alle «normative statali o regionali» ed agli «strumenti di pianificazione territoriale» che le prevedono.

diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e miglioramento della qualità urbana; [...] 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». Infine, il prospetto può dirsi completo riportando l'art. 5, c. 9 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106), dove è stato previsto che «al fine di incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate [...], le Regioni approvano entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto specifiche leggi per incentivare tali azioni anche con interventi di demolizione e ricostruzione che prevedano: a) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale; b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse [...]».

²¹ La stessa tecnica è stata utilizzata nell'art. 2645-ter c.c. (inserito con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273) in merito alla trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela e nell'art. 2645-quater c.c. (previsto dal d.l. 2 marzo 2012, n. 16) sulla trascrizione degli atti costitutivi di vincolo.

²² In questi termini Cass. Sez. VI, ordinanza interlocutoria n. 19152 del 15 settembre 2020, cit., la quale all'interno del più ampio *genus* «diritti edificatori comunque denominati» rinviene «figure giuridiche profondamente diverse».

3. È in questo quadro normativo che alle Sezioni Unite è stato chiesto di risolvere un importante contrasto ermeneutico, dato dalla dicotomia tra la natura reale o l'efficacia obbligatoria della cessione di cubatura, a seconda che, rispettivamente, quest'ultima possa essere considerata un diritto reale o un diritto a contenuto patrimoniale privo di qualsiasi parvenza di realtà.

Il primo filone analizzato dalla sentenza n. 16080/2021 è quello per cui al negozio volumetrico, con cui «*il proprietario del fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferisce definitivamente all'acquirente, a beneficio del fondo di costui*»²³, vada riconosciuto un apporto reale²⁴, in modo da recuperare nella fattispecie un irrinunciabile momento privatistico, qualificando la cubatura alla stregua di uno *ius in re*.

Anzitutto, la disamina delle Sezioni Unite rimarca che il principio del *numerus clausus* caratterizzante i diritti reali, ribadito dalle medesime in termini piuttosto rigidi con la recente sentenza del 17 dicembre 2020 n. 28972²⁵, non permette di condividere la tesi del diritto edificatorio quale *diritto reale atipico*²⁶.

²³ Cass. Sez. VI, ordinanza interlocutoria n. 19152 del 15 settembre 2020, cit.

²⁴ In tal senso, in riferimento a pronunce che hanno affrontato il problema partendo dal quesito dell'applicabilità dell'imposta di registro all'atto di cessione di cubatura, si veda Cass. Sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007, 7-8, che definisce tale operazione come «*il trasferimento di una facoltà inerente al diritto di proprietà, in quanto tale avente sicure caratteristiche di realtà*», che a sua volta ha ripreso quanto già affermato da Cass. Sez. V, 14 maggio 2003, n. 7417, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 5, la quale riteneva quest'aspetto l'unica certezza nel frastagliato ed incerto campo della «*natura giuridica del diritto di cubatura*». In epoca anteriore si richiama Cass. Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Riv. Not.*, 1989, 412 secondo la quale, la dinamica per cui «*senza cedere anche il suolo (cui inerisce, secondo la normativa urbanistica, una determinata volumetria costruttiva) il proprietario rinuncia a sfruttare per sé tale volumetria, al fine di mettere in grado il proprietario del fondo finitimo di chiedere licenza edilizia per una costruzione sul fondo di volume maggiore di quella ed esso spettante, avvalendosi della volumetria cui il cedente ha rinunciato in suo favore, [...] basta per evidenziare la realtà del diritto trasferito ed anche il carattere negoziale dell'atto che le parti hanno posto in essere al fine di permettere il detto effetto*».

²⁵ Cass. Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 92 ha stabilito che «*la pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del numerus clausus dei diritti reali e della tipicità di essi*». Viene quindi rimarcato che è «*riservata al legislatore la facoltà di dar vita a nuove figure che arricchiscano i tipi reali normativi*».

²⁶ Sostenuta perlopiù in epoca lontana, e la quale, analizzando la cessione di cubatura a fini fiscali, la assimilava ad un negozio traslativo di diritti reali immobiliari, senza però inquadrare la natura nell'ambito di quelli già tipizzati. *Ex multis*, Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. Not.*, 1973, 1165; Cass. Sez. I, 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro it.*, 1973, 2117; Cass., 21 marzo 1973, n. 802, in

Tale rilievo non consente neppure di qualificare la cessione di cubatura al pari della costituzione di un *diritto di superficie*²⁷, in quanto quest'ultimo, ai sensi dell'art. 952 c.c., viene esercitato dal beneficiario direttamente sul fondo del concedente, mentre nella cessione di cubatura la quota di volumetria ceduta dall'alienante viene sfruttata dall'acquirente su un fondo proprio, biforcando la dimensione fondiaria della fattispecie. Verrebbe a crearsi, quindi, una figura atipica del diritto di superficie, che si porrebbe al di là dei confini codicistici posti in merito alla proprietà superficaria.

Non è esente dalle critiche delle Suprema Corte neanche lo schema negoziale che per decenni ha orientato la prassi notarile nel predisporre in concreto i trasferimenti di volumetria, ossia quello della *servitù prediale*²⁸, per mezzo del quale il fondo "cedente" si pone quale fondo servente, mentre quello "cessionario" si qualifica come dominante, configurando una servitù *inaedificandi* o *altius non tollendi* a seconda che il primo terreno gravi (*rectius*, trasli) tutta o parte della propria cubatura a vantaggio del secondo²⁹.

Riv. leg. fisc., 1973, 2201; Cass. Sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. Civ.*, 1974, 1424; Cass., 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 1595; Cass., 21 maggio 1975, n. 2017, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 2288; Cass., 20 ottobre 1975, n. 3416, in *Riv. leg. fisc.*, 1976, 585; Cass., 8 ottobre 1976, n. 3334, in *Riv. Not.*, 1977, 1006; Cass. Sez. V, ordinanza n. 5576 del 8 marzo 2010, in <https://sentenze.lageggetutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-5576-del-08-03-2010>.

²⁷ Cfr. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; Cass., 1 giugno 1953, n. 1655, riportata da Cass. Sez. VI, ordinanza interlocutoria n. 19152 del 15 settembre 2020, cit.; Cass. Sez. I, 9 marzo 1973, n. 641, cit.; Cass., 20 ottobre 1976, n. 3639, in *Riv. leg. fisc.*, 1977, 1146.

²⁸ Cfr. PICCO - MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv. Not.*, 1974, 641 ss.; DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Riv. Not.*, 1975, 547 ss.; LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Tomo III, Torino, 1995, 2273 ss.; TENELLA SILLANI, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, 603; GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. Not.*, 1992, 1078. In giurisprudenza si veda la fondamentale Cass. Sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Riv. Not.*, 1975, 547, secondo cui «le pattuizioni con le quali vengono imposte, a carico di un fondo ed a favore del fondo confinante limitazioni di edificabilità, [...] si atteggiano, rispetto ai terreni che ne sono colpiti, a [...] minorazione della loro utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario ed attribuiscono ai terreni contigui un corrispondente vantaggio che inerisce ai terreni stessi come *qualitas fundi*, cioè con carattere di realtà così da inquadrarsi nello schema delle servitù», definita nella specie «a contenuto atipico, e pertanto, trascrivibile»; Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. it.*, 1981, 1346; Cass. Sez. Un., 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, 211; Cons. Stato Sez. V, 25 novembre 1988, n. 744, in *Foro amm.*, 1988, 3251; TAR Puglia, sez. Bari, Sez. II, 16 giugno 1990, n. 279, in *Foro amm.*, 1991, 881.

²⁹ Nonostante l'odierna previsione da parte dell'art. 2643, n. 2-bis c.c., PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, da *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, primo semestre 2011, in <http://www.gaeetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000504/Novita%20normative%20primo%20semestre%202011.pdf>, 9 afferma che lo schema della servitù potrebbe ancora «essere

Sono tre i profili di tale configurazione che hanno destato le maggiori critiche: *in primis*, quello per cui in tal modo l'asse della traslazione viene spostato in maniera eccessiva sul versante privatistico, ponendo un elemento fondamentale quale il rilascio del permesso di costruire "maggiorato" da parte della P.A. «*all'esterno della fattispecie costitutiva*»³⁰. Poi, la presenza di alcuni obblighi a carico del titolare del fondo servente che fanno assumere alla cessione di cubatura per mezzo della servitù una connotazione marcatamente atipica rispetto allo schema legale³¹. Infine, il principio del *praedia vicina esse debent*, che impone una specifica vicinanza dei fondi teatro della costituzione di una servitù³², mentre, come già visto, nella cessione di cubatura viene richiesto che i due terreni siano siti all'interno della medesima zona

necessario in tutti i casi in cui non esista una norma di legge statale o regionale, o una previsione di strumento urbanistico, che contempli la possibilità di disporre del "diritto edificatorio»).

³⁰ Tale aspetto può essere superato costituendo una servitù per vantaggio futuro ex art. 1029 c.c., in cui quest'ultimo sia dato dall'aumento di volumetria per il fondo dominante, con il concreto esercizio del diritto reale condizionato, ad esempio, al rilascio del titolo edilizio. In tal caso il trasferimento di cubatura tra i due fondi si verificherebbe nel momento in cui l'*iter* amministrativo si concluda positivamente, "assorbendo" all'interno della fattispecie di stampo privatistico l'indispensabile (al fine del concreto utilizzo della cubatura) elemento pubblicistico, nonostante il vincolo gravi sul fondo servente già al momento della costituzione della servitù. Cfr. BIONDI, *Le servitù*, collana *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 1967; BRANCA, *Servitù prediali. Art. 1027-1099*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1967.

³¹ Le Sezioni Unite si riferiscono all'obbligo di *pati*, ossia il dover tollerare che sul fondo dominante esista un fabbricato con un volume più ampio rispetto a quanto previsto dagli strumenti urbanistici (cfr. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *Contratto e impresa*, 1991, 93); ed all'obbligo di attivarsi personalmente presso la P.A. per consentire il rilascio del permesso "maggiorato" a favore del cessionario, configurando un comportamento attivo che non ha «*natura meramente accessoria*», ma si pone nei termini di una *condicio sine qua non* al fine dell'«*erogazione di un'utilità diretta*» quale «*l'incremento di volumetria sul fondo di dominio*», che è elemento strutturale della fattispecie (cfr. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, Studio del CNN n. 1763 approvato il 29 settembre 1999, in <https://www.notariato.it/sites/default/files/1763.pdf>).

³² Si segnala l'imprescindibile sentenza della Cass. Sez. II, 5 febbraio 1983, n. 965, in *Giur. it.*, 1984, 346, la quale ha precisato che «*l'elemento della contiguità o vicinanza dei fondi, non stabilito espressamente in nessuna norma come requisito essenziale della servitù prediale, è un elemento di fatto più che di diritto, discendente dall'intima essenza della servitù, ossia dal criterio dell'uso e dell'utilità: esso non ha valore assoluto, né va inteso nel senso empirico di materiale contatto o aderenza immediata, ma nel senso di un rapporto tra due fondi che si trovino in tale reciproca situazione da rendere possibile la sussistenza di una relazione di servizio tra i medesimi*», anche se distanti. Si ricorda, inoltre, il concetto di «*significativa vicinanza*» dei fondi, senza che tra di essi vi sia «*continuità fisica*», sostenuto da Cons. Stato Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6734, cit.

urbanistica³³, con il criterio della *vicinitas* che nel tempo è stato interpretato in modo progressivamente meno rigido.

Le Sezioni Unite chiudono, poi, la loro analisi sul filone della presunta realtà del trasferimento di volumetria evidenziando le palesi contraddizioni della teoria della *rinuncia*³⁴, in quanto non si ritiene ammissibile che da una mera dismissione della cubatura, che in tal modo torna nella disponibilità del Comune, possa derivare un effetto traslativo a vantaggio di uno specifico soggetto non individuato³⁵.

Il secondo orientamento che è stato analizzato è quello che nega che la volumetria si ponga quale diritto reale, riconoscendo alla cessione di cubatura un'efficacia meramente obbligatoria³⁶, in virtù del fatto che la traslazione si realizza soltanto con il rilascio del permesso di costruire "maggiorato" da parte della P.A. a favore del cessionario, ponendosi quale vera e propria *condicio iuris* del negozio volumetrico³⁷, che «tra i privati ingenera unicamente un'aspettativa di diritto».

³³ Si pensi addirittura a quei casi di perequazione territoriale infracomunale, come quelli prospettati dall'art. 29, c. 4 della legge dell'Umbria n. 11/2005 o dall'art. 11, c. 2-ter della legge della Lombardia n. 12/2005, dove i diritti edificatori possono circolare tra un territorio comunale e l'altro.

³⁴ Cfr. Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, cit.; TRIOLA, *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale* (nota a Cass. 9 marzo 1973 n. 641), in *Riv. Not.*, 1974, 115.

³⁵ LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 699 ss. fa notare che «la rinuncia abdicativa è l'atto con il quale un soggetto si priva puramente e semplicemente di un diritto soggettivo di cui è titolare, senza trasferirlo ad altri ed indipendentemente dal fatto che il diritto rinunciato si estingua o venga acquistato da un altro soggetto e, più in generale, prescindendo dalla considerazione che altri traggano vantaggio dalla dismissione del diritto». Inoltre, GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, 251 evidenzia che la rinuncia «non è direttamente a favore di alcuno», ma «in modo indiretto se ne avvantaggiano tutti coloro che si trovano in una determinata posizione». Tale aspetto richiama quanto proposto da N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1138 ss., il quale, prospettando che la cessione di cubatura potesse realizzarsi per mezzo di un *vincolo di destinazione puro* ispirato ad un'atipica rilettura del divieto di alienazione ex art. 1379 c.c., afferma che nel caso in cui l'atto di destinazione della volumetria predisposto dal suo titolare non avesse individuato il beneficiario, quest'ultimo sarebbe stato scelto dall'Amministrazione comunale tra quei titolari di fondi che avessero avuto le caratteristiche previste dagli strumenti urbanistici vigenti.

³⁶ Cfr. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, Milano, 1985, 53 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Tomo primo - Artt. 2643-2645*, in SCHLESINGER (a cura di), collana *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1991, 655 ss.; CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto disc. priv. - Sez. civ.* (aggiornamento), Torino, 2000, 735 ss.

³⁷ Si richiamano le parole di N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., 1120, secondo cui «il rilascio del permesso edilizio maggiorato integra, dunque, una *condicio iuris* cui è subordinata l'efficacia del negozio concluso dai proprietari, negozio dal quale solo discende il trasferimento della cubatura. È evidente, infatti, che l'imposizione del vincolo di inedificabilità è funzionalmente finalizzato all'incremento edificatorio del fondo contiguo; il

La Cassazione condivide questa tesi mantenendo però un oculato equilibrio ‘pubblico-privato’, venuto meno in alcune pronunce di tale filone interpretativo. Difatti, in un primo momento viene dato credito a quella giurisprudenza per cui il trasferimento di cubatura si pone quale fattispecie a formazione progressiva³⁸, che si completa, a pena di inefficacia, con il rilascio del provvedimento discrezionale da parte dell’ente pubblico nei confronti dell’acquirente³⁹, non richiedendo neppure la forma scritta *ad substantiam* (ai sensi dell’art. 1350 c.c.) poiché non configura alcun contratto traslativo o costitutivo di un diritto reale⁴⁰. In tal modo, in virtù dei soli effetti obbligatori del negozio, a carico del cedente vi sarà l’impegno a non richiedere per sé il permesso di costruire inerente alla quota di cubatura ceduta ed a coadiuvare il cessionario presso la P.A. nell’ottenere il titolo “maggiorato”⁴¹.

Al tempo stesso, le SS.UU. sottolineano come un simile orientamento rischi di estremizzare la marginalizzazione del momento privatistico della fattispecie, la quale non può essere ricondotta *in toto* all’ambito pubblicistico:

mancato rilascio del permesso edilizio priva detto vincolo di qualsiasi giustificazione determinandone così l’inefficacia».

³⁸ In tal senso Cass. Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 319, secondo cui «nella cessione di cubatura si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva in cui confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo».

³⁹ Così Cass. Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Foro it.*, 1996, 1698, la quale statuisce che «a determinare il trasferimento di cubatura tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che [...] può essere emanato dall’ente pubblico a favore del cessionario»; si legga anche Cass. Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, cit., per cui «il mancato rilascio della concessione edilizia maggiorata è ragione di inefficacia del negozio concluso dai proprietari dei fondi limitrofi, non già di risoluzione del medesimo per inadempimento del cedente».

⁴⁰ Si veda Cass. Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, cit., secondo cui «l’accordo preliminare diretto alla cessione di cubatura - con cui una parte (il proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinché la cubatura (o una parte di essa) che gli compete in base agli strumenti urbanistici venga attribuita dalla P.A. al proprietario del fondo vicino (cessionario), compreso nella stessa zona urbanistica, così consentendogli di chiedere ed ottenere una concessione per la costruzione di un immobile di volume maggiore di quello cui avrebbe avuto altrimenti diritto - non richiede la forma scritta *ad substantiam*, perché se ne deve escludere la natura di contratto traslativo di un diritto reale»; Cass. Sez. II, 10 ottobre 2018, n. 24948, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 219, per cui la cessione di cubatura «ha un’efficacia meramente obbligatoria tra i suoi sottoscrittori e non è, quindi, configurabile come un contratto traslativo (e, tanto meno, costitutivo) di un diritto reale opponibile ai terzi».

⁴¹ TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 447 definisce questo secondo impegno come «collaborazione *post actum*», consistente, ad esempio, nell’«obbligo di recarsi al Comune per la sottoscrizione di modelli o formulari» o nella «sottoscrizione di ulteriori impegni collaterali richiesti dalla P.A.».

basti pensare a quel passato indirizzo giurisprudenziale per cui la cubatura poteva essere traslata senza alcun accordo espresso tra privati⁴², ma per mezzo di una mera adesione del cedente rilevante sul piano comportamentale, derivante, ad esempio, dalla semplice firma apposta sull'istanza di permesso di costruire presentata dal cessionario o sugli estratti planivolumetrici allegati al progetto ed alla domanda stessa⁴³.

D'altronde, l'insopprimibilità della dimensione privatistica insita nella cessione di cubatura, data da una volontaria disposizione patrimoniale che abbia ad oggetto l'apporto volumetrico di un terreno, si segnala non solo da un punto di vista strettamente giuridico, in virtù del fatto che lo *ius aedificandi* non è altro che «una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà del suolo», la cui potenzialità edificatoria viene in tal modo ridotta o estesa a seconda che si ceda o acquisti cubatura, ma anche da quello economico, poiché spesso è proprio il valore della volumetria a racchiudere l'intero valore venale del fondo.

4. Mutuando la terminologia utilizzata dalla già citata ordinanza interlocutoria n. 19152/2020, le Sezioni Unite operano «una *reductio ad unum*» tra le due alternative dell'«atto avente natura patrimoniale» e dell'«atto traslativo», sostenute, rispettivamente, dalla seconda sezione civile e della quinta sezione tributaria⁴⁴.

⁴² Come rimarcato da LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., 671, ciò dava vita alla «mancanza di un preventivo consenso negoziale, libero e cosciente».

⁴³ In tal senso si veda Cass. Sez. II, 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, 685, secondo cui «quando il proprietario di un terreno voglia asservirlo a favore di un proprietario finitimo, che, a sua volta intenda realizzare una cubatura maggiore di quella consentita dal suo solo terreno [...] è sufficiente, non solo verso i terzi, ma anche "inter partes", l'impegno del cedente verso la P.A. alla rinuncia ad utilizzare per sé la cubatura mancante al cessionario, manifestato attraverso l'adesione al progetto di quest'ultimo», la quale potrà avere la «forma di preventivo impegno alla indicata rinuncia, seguito dall'effettiva rinuncia, o di dichiarazione alla P.A., senza un precedente impegno (per esempio, istanza congiunta o controfirma dell'istanza per la licenza edilizia), o, infine, di atto successivo di ratifica»; Cass. Sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1895; Cons. Stato Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Foro amm.*, 2000, 2186, per cui «la cessione di cubatura da parte del proprietario del fondo confinante, onde consentire il rilascio della concessione a costruire nel rispetto del rapporto area-volume, non necessita di atto negoziale ad effetti obbligatori o reali, essendo sufficiente l'adesione del cedente, che può esser manifestata o sottoscrivendo l'istanza e/o il progetto del cessionario».

⁴⁴ A favore dell'efficacia meramente obbligatoria della cessione di cubatura, si veda Cass. Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, cit.; Cass. Sez. II, 17 giugno 2016, n. 12631, in *Foro it.*, 2017, 2823; Cass. Sez. II, 10 ottobre 2018, n. 24948, cit.; Cass. Sez. II, 3 settembre 2020, n. 18291, in *Mass. Giust. civ.*, 2020. Nel senso della cessione di cubatura quale atto traslativo di

Nel negare che la cubatura possa declinarsi come un (nuovo) diritto reale previsto dall'art. 2643, n. 2-*bis* c.c.⁴⁵, la sentenza n. 16080/2021 si pone in linea con un'altra recente pronuncia delle medesime SS.UU. sulla natura giuridica dei diritti edificatori⁴⁶, la quale ha confutato tale qualificazione in riferimento alla cubatura "in volo"⁴⁷, priva di un attuale collegamento fondiario, estendendo poi tale conclusione all'istituto volumetrico in sé⁴⁸.

D'altronde, vi sono due profili qualificanti la categoria degli *iura in re*, assenti invece nella configurazione dei diritti edificatori, che permettono di condividere l'assunto che ne nega l'assimilazione ad un diritto reale. *In primis*, la totale mancanza di inerenza con una *res* proprio da parte della cubatura "in volo"⁴⁹, che in virtù del riferito rapporto di *species* a *genus* delineato dall'art.

un diritto reale, si veda Cass. Sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979, cit.; Cass. Sez. V, 8 marzo 2010, n. 5576, cit.

⁴⁵ In tal senso, senza che vi sia alcuna violazione del principio di tassatività dei diritti reali, PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, cit., 5 ss.; AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in <https://elibrary.fondazione-notariato.it/home.asp>; DI VITA, *Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, 2011, 89 ss.; CRETELLA, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazzetta Notarile*, 2011, 463 ss.; MINERVA, *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2-bis c.c.*, in *Rivista notarile*, 2013, 102 ss.; SUCCI, *La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2-bis c.c.*, in *Vita not.*, 2014, 1109 ss.; RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in <https://www.e-glossa.it/> (WikiJus).

⁴⁶ Cass. Sez. Un., 29 ottobre 2020, n. 23902, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1641, di cui si riporta il principio di diritto affermato: «*Un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest'ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso*».

⁴⁷ Mentre nella cessione di cubatura "tradizionale" si ha una diretta traslazione della volumetria dal fondo cedente al fondo cessionario, entrambi già identificati al momento del negozio, gli sviluppi operati nel tempo tanto dalla prassi contrattuale, quanto da alcune normative regionali (si pensi ai già citati *crediti edilizi* del Veneto), hanno permesso ai privati di vedersi attribuita una cubatura priva di qualsiasi riferimento fondiario, utilizzabile su un terreno individuato successivamente o cedibile a terzi. Da qui, utilizzando un linguaggio preso in prestito dal campo dell'aviazione, deriva la tripartizione delle fasi del trasferimento di cubatura in "decollo", "volo" ed "atterraggio", con la possibilità per un soggetto di avere a disposizione un *quantum* volumetrico slegato dalla disponibilità corrente di un suolo.

⁴⁸ Ciò in virtù dell'unitario richiamo che l'art. 2643, n. 2-*bis* c.c. opera nei confronti dei diritti edificatori con l'endiadi «*comunque denominati*», imponendo una lettura unitaria per tutte le fattispecie volumetriche rientranti in tale *genus*.

⁴⁹ In tal senso Cass. Sez. Un. Civ., 29 ottobre 2020, n. 23902, cit., che in riferimento alla circolazione "in volo" di un diritto edificatorio compensativo, ha affermato che seppur «*non può negarsi che la fattispecie presenti una necessaria duplice connessione fondiaria nel*

2643, n. 2-*bis* c.c. ne preclude in assoluto un'intrinseca realtà⁵⁰; e poi, il dogma dell'unicità del bene, paradigma per cui un diritto reale sorge e si esercita con riferimento al medesimo oggetto, mentre al contrario la (cessione di) cubatura darebbe vita ad una vicenda in cui il (presunto) diritto reale si realizzerebbe per mezzo di una biforcazione delle realtà fondiarie⁵¹.

Tali aspetti hanno, senz'altro, orientato le conclusioni a cui è giunto il Procuratore Generale nella sua requisitoria scritta, ove si legge che ai diritti edificatori manca «*il carattere di realtà, nonché l'inerenza al fondo di origine, essendo stati generati nell'ambito di una compensazione urbanistica e dotati quindi di perfetta ed autonoma ambulatorietà*».

Le Sezioni Unite, dal canto loro, hanno recepito tale ricostruzione plasmando il proprio pensiero attorno a molteplici linee direttrici. Innanzitutto, viene smentito il carattere reale dell'atto traslativo della cubatura come dedotto dalla collazione codicistica dei diritti edificatori all'interno dell'art. 2643 c.c., poiché la trascrivibilità nei Registri Immobiliari non presuppone un'automatica realtà della fattispecie, dato che la legge ammette la trascrizione di negozi immobiliari che hanno indubbia natura obbligatoria, quali, ad esempio, i contratti di locazione ultranovennale (*ex art. 2643, n. 8 c.c.*) ed i contratti preliminari (*ex art. 2645-bis c.c.*).

richiedere che il diritto edificatorio scaturisca da un terreno (di decollo) per poi essere esercitato su un altro terreno (di atterraggio)», tuttavia «*si tratta di 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 costituisce una qualità intrinseca atta ad essere economicamente valorizzata solo nel trasferimento congiunto con esso*». *Qua ex causa*, si deduce che «*il difetto di inerenza in senso giuridico si evidenzia in maniera addirittura eclatante in quello che è il segmento più critico, e rivelatore, della fattispecie, appunto quello del "volo"; allorquando il diritto di costruire non può più essere esercitato sul fondo di origine, e non può ancora essere esercitato sul fondo di destinazione perché non ancora assegnato né, forse, individuato*».

⁵⁰ AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, cit. ha cercato di aggirare tale ostacolo sostenendo che «l'inerenza attuale ad un suolo è requisito imprescindibile per la realizzazione, ma non per la circolazione dei diritti edificatori», configurando in tal modo un'«inerenza virtuale»; tuttavia, si condivide il pensiero di MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Lavis, 2012, 81, la quale ribadisce che non bisogna confondere «il profilo circolatorio» con la «natura della posizione giuridica soggettiva "circolante"», poiché «l'inerenza rappresenta un requisito strutturale e caratterizzante la posizione soggettiva dotata di realtà, e non un elemento della sequenza circolatoria», su cui può incidere in maniera «indiretta, fattuale e non costitutiva».

⁵¹ GAMBARO, *I beni*, collana *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 2012, 130 afferma che se pure ammettessimo tale alterità oggettiva, il diritto edificatorio quale diritto reale «finirebbe per assomigliare ad una servitù», al punto «da non essere nuovo per niente».

Perdipiù, le SS.UU. notano che l'inserimento di un autonomo riferimento pubblicitario per i diritti edificatori per mezzo del n. 2-*bis* è un chiaro indizio della non realtà dell'atto traslativo, in quanto prima della novella legislativa operata dal d.l. n. 70/2011 l'operazione veniva già trascritta in base all'art. 2643, n. 4 c.c. sulla costituzione di servitù, partecipando in tal modo alla natura reale di questo schema negoziale, che come già visto è stato a lungo utilizzato dalla prassi notarile per realizzare la cessione di cubatura.

Non giova ad una lettura della volumetria quale *ius in re* neppure l'art. 117, c. 2, lett. l) Cost., che riservando esclusivamente alla competenza statale la materia dell'«ordinamento civile», offusca la legittimità costituzionale di tutte quelle disposizioni regionali che disciplinano il trasferimento o l'estinzione dei diritti edificatori, regolamentando in tal modo profili inerenti a diritti soggettivi⁵². Ancora, un altro elemento a discapito della natura reale dei diritti edificatori viene rinvenuto sul piano semantico, in quanto il legislatore, qualificandoli come «diritti», ha smentito in un colpo solo tutte quelle ulteriori teorie che hanno provato a declinare la cubatura come un interesse legittimo (o *chance* edificatoria)⁵³, oppure come un bene autonomo oggetto di diritti⁵⁴, oppure come mero rapporto matematico tra i metri quadrati di superficie

⁵² Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 391, in *Giur. it.*, 1990, 338 preclude alle Regioni di legiferare sui «*modi di acquisto e di estinzione [...] delle obbligazioni*», ma Corte Cost., 6 novembre 2001, n. 352, in *Foro it.*, 2002, 638 ammette che tale limite non opera «*in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza*».

⁵³ Cfr. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, *Riv. giur. urb.*, 2007, 304; ID., *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 429 ss.; DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 199 ss.; GAZZONI, *Trattato della trascrizione, Vol. I, Tomo I - La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Torino, 2012, 205 ss.; CIRILLO, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica ed il trasferimento dei diritti edificatori*, in *Riv. Not.*, 2013, 601 ss.; MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. Not.*, 2013, 915 ss.

⁵⁴ Cfr. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 332 ss.; MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 82 ss.; R. CIMMINO, *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, in *Notariato*, 2014, 158 ss.; BUSANI, *La cubatura si vende come il software*, in *Il Sole 24 Ore* del 16 maggio 2011, 11; ID., *Gli atti traslativi della cubatura (o volumetria)*, in *Corr. Trib.*, 2017, 1098 ss.; URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587 ss.; ID., *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, 197; ID., *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 908; SMANIOTTO, *La cubatura e la trascrizione della cessione di cubatura*, in *Immobili & proprietà*, 2012, 377; GAMBARO, *I beni*, cit., 126 ss.

disponibile ed i metri cubi edificabili, espressione della misura delle future dimensioni del costruendo edificio.

Infine, le SS.UU. rintracciano un'ulteriore conferma della natura non reale dei diritti edificatori nello strumento contrattuale che il legislatore, con l'art. 2643, n. 2-*bis* c.c., ha predisposto per trasferire (oltre che per costituire o modificare) cubatura, in modo da ricondurre tali operazioni volumetriche pur sempre sotto l'egida del principio consensualistico espresso dall'art. 1376 c.c., in virtù del richiamo al «*trasferimento di un altro diritto*» (diverso ed ulteriore rispetto alla proprietà di una cosa determinata o ad un diritto reale) operato da tale disposizione.

In tal maniera, viene attuato un pieno recupero della dimensione privatistica della traslazione di cubatura, in quanto quest'ultima è riconducibile soltanto all'autonomia negoziale delle parti, e non all'*iter* amministrativo, il quale si pone in un momento successivo, ossia quello della concreta spendita del diritto edificatorio da parte del cessionario per mezzo della richiesta di un permesso di costruire "maggiorato"⁵⁵; momento in cui, seppur la traslazione in sé si è già verificata, al fine di coadiuvare l'acquirente nel possibile ottenimento del titolo edilizio, «*il cedente è tenuto ad operare secondo il dovere generale di solidarietà, cooperazione, correttezza e buona fede*».

Da ciò deriva che l'inerenza della cubatura ad una *res*, profilo critico che non ha permesso di qualificare quest'ultimo a guisa di un diritto reale, non sfuma definitivamente, poiché il diritto edificatorio dovrà pur sempre essere speso su di un fondo edificabile. Difatti, le Sezioni Unite affermano in maniera condivisibile che l'inerenza non assurge ad elemento «*coessenziale alla natura dell'istituto*», ma assume «*un'incidenza più identitaria e funzionale (di necessario collegamento con un determinato suolo tanto di origine quanto di destinazione)*»; e questo legittima tutti quegli scambi volumetrici di cubatura "in volo", senza che il cessionario debba necessariamente avere al momento del negozio alcuna attuale disponibilità fondiaria connessa al trasferimento in questione.

Ecco, quindi, che tale disamina sulla natura giuridica dei diritti edificatori si ricollega al profilo tributario del loro trasferimento, il quale, in virtù del già citato art. 20 del d.P.R. 131/1986 sull'applicazione dell'imposta di registro all'atto traslativo, impone una visione unitaria per mezzo di una traduzione in termini fiscali degli esiti civilistici.

⁵⁵ Il quale viene definito dalle medesime Sezioni Unite un «*elemento esterno di regolazione pubblica di un diritto di origine privatistica - seppure per certi versi anomalo perché chiesto e rilasciato per una volumetria aumentata*».

Conseguentemente, ponendosi la cessione di cubatura al di fuori dei confini di un atto che trasferisca o costituisca diritti reali immobiliari, ma rientrando in quelli di un «atto immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale», la sua registrazione presso l'Agenzia delle Entrate è soggetta ad un'imposta proporzionale con aliquota pari al 3%, in quanto «atto 'diverso' avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale ex art. 9 Tariffa Parte Prima allegata al d.P.R. n. 131/1986». Ciò si riflette anche sull'ammontare dell'imposta ipotecaria e catastale, le quali saranno dovute «in misura fissa ex artt. 4 Tariffa allegata al d.lgs. n. 347/1990 e 10, c. 2, del medesimo d.lgs», pari a euro 200⁵⁶.

Le Sezioni Unite, con questa importante statuizione, smentiscono l'orientamento della quinta sezione tributaria sulla qualificazione della cessione di cubatura come atto traslativo di un diritto reale, ma fanno proprio, razionalizzandolo, l'orientamento della seconda sezione civile sull'efficacia obbligatoria dell'operazione in questione.

Difatti, se sul cedente grava pur sempre il dovere di attivarsi presso la P.A. per agevolare il rilascio del titolo edilizio "maggiorato" a favore del cessionario, l'atto posto in essere tra i due soggetti è comunque immediatamente traslativo di un diritto edificatorio suscettibile di valutazione economica seppur privo di realtà, senza che il provvedimento amministrativo possa ergersi a *condicio iuris* del negozio⁵⁷. Tale ricostruzione, oltretutto, comporta un'ulteriore semplificazione degli scambi volumetrici, in quanto se il contratto è comunque trascrivibile ex art. 2643, n. 2-bis c.c., garantendo in tal modo alle parti i benefici della pubblicità dichiarativa, esso non richiede la forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350 c.c., lasciando a tal riguardo libertà di azione ai soggetti del negozio⁵⁸.

⁵⁶ Così le citate disposizioni, per tutti quegli «atti che non importano trasferimento di (proprietà di) beni immobili né costituzione o trasferimento di diritti reali immobiliari».

⁵⁷ Piuttosto potrebbe parlarsi di tale elemento quale *condicio facti*, qualora voluto dalle parti nel regolamento contrattuale. In tal senso MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit., 137, che rimarca la possibilità offerta dal meccanismo condizionale alle parti, e rimessa alla loro volontà, «di estrinsecare la connessione funzionale tra il negozio ed il rilascio del provvedimento urbanistico abilitativo»; TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 453, che in merito al rilascio del permesso "maggiorato", afferma in maniera lapidaria che «non si tratta, come è evidente, di una condizione di tipo legale».

⁵⁸ Chiaramente, se le parti vorranno trascrivere il contratto di trasferimento, dovranno necessariamente rivolgersi ad un notaio per fare in modo che le loro velleità negoziali prendano la forma di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata.

5. Il merito delle Sezioni Unite in oggetto è, senza dubbio, quello di aver risolto il contrasto ermeneutico e pratico tra la cessione di cubatura come «*atto avente natura patrimoniale*» o come «*atto traslativo*» con una soluzione “a metà strada”, in cui non si disconosce l'immediata natura traslativa del negozio, espressione di un diritto edificatorio sì “patrimonializzato” ma senza alcuna parvenza di intrinseca realtà.

Una tale interpretazione pone la cubatura primariamente sul piano dei diritti soggettivi, senza degradarla direttamente ad un mero interesse legittimo pretensivo, ossia ad una *chance* edificatoria che vive (e si esaurisce) nel solo momento pubblicistico del rilascio del titolo edilizio “maggiorato”. È evidente che quando il cessionario richiederà alla P.A. il permesso di costruire “ampliato” farà poi valere un proprio interesse, ma in tal modo la temuta «superfetazione» delle posizioni giuridiche soggettive inerenti alla cubatura non ha motivo di essere letta in chiave screditante⁵⁹, poiché è coerente con l'art. 1376 c.c. nell'ottica dell'autosufficienza del momento negoziale ad effetti reali, il quale corre su binari indipendenti da quello urbanistico.

Proprio qui si riflettono i benefici derivanti da una lettura elastica dell'efficacia obbligatoria della cessione di cubatura, tale da non porre *ipso iure* il permesso “maggiorato” quale condizione sospensiva del negozio; e ciò non può che agevolare le operazioni volumetriche all'interno del mercato edificatorio, soprattutto per quanto concerne i diritti edificatori “in volo”⁶⁰.

Tuttavia, simili risultati possono essere ottenuti anche qualificando la cubatura come un bene giuridico autonomo, in virtù della c.d. teoria della reificazione, per cui i diritti edificatori nascono pur sempre come facoltà connaturale alla proprietà fondiaria prevista dagli strumenti urbanistici, ma nel momento in cui viene posto in essere un atto di disposizione patrimoniale che ne comporta il distacco dal terreno d'origine, assurgono a vera e propria *res*⁶¹.

Si tratterebbe di un «bene mobile immateriale di origine immobiliare»⁶², autonomo oggetto di diritti ed adempiente ad una propria funzione economica:

⁵⁹ In tal senso GAZZONI, *Trattato della trascrizione, Vol. I, Tomo I - La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 214.

⁶⁰ In tal caso, se qualificassimo il rilascio del permesso quale *condicio iuris*, le cessioni “in volo” potrebbero addirittura doversi ricostruire quali continue cessioni di contratto (*rectius*, di posizione contrattuale verso il Comune), con esiti inaccettabili che mortificherebbero l'autonomia del soggetto pubblico.

⁶¹ Collocandosi entro i confini dell'art. 810 c.c., TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 349 afferma che si assiste ad una «cosificazione della cubatura». In epoca meno recente, già Cass. Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, cit. parlò di «cubatura costruttiva realizzabile» quale «bene in senso economico-giuridico» in quanto «utilitas» di un fondo.

⁶² Eloquente e paradigmatica la definizione di TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 368.

“immateriale” in quanto espressione tecnico-giuridica e parametro quantitativo (in metri cubi) dello *ius aedificandi*; “di origine immobiliare” poiché inevitabilmente ha tanto una provenienza quanto una destinazione fondiaria; “mobile” dato che, ergendosi a bene distinto dalla costruzione finale, mantiene una propria identità che non si dissolve (definitivamente) nell’edificio che va a far materializzare⁶³.

Perdipiù, la cubatura non può in alcun modo confondersi con la colonna d’aria, ossia lo spazio aereo sovrastante il suolo, in quanto quest’ultima «*non forma oggetto di diritto, ma raffigura il mezzo in cui si esercita il diritto di proprietà e specificamente il diritto di sopraelevazione*»⁶⁴; di conseguenza, la cubatura finisce per “occupare” la colonna d’aria, trovando in esso il mezzo con cui propagarsi nel mondo esteriore corporizzandosi in un bene immobile.

L’aspetto poco convincente nella motivazione delle Sezioni Unite è l’aver liquidato una simile ricostruzione dogmatica della cubatura mediante un argomento meramente semantico, quello per cui la formula «*diritti*» (edificatori) insita nell’art. 2643 c.c. precluda qualsiasi qualificazione dell’oggetto volumetrico che si ponga al di fuori di tale situazione soggettiva, fungendo da vero e proprio “schermo protettivo” che nasce sul piano linguistico per poi estendersi a quello giuridico.

La locuzione «*diritti edificatori*», seguita dall’endiadi «*comunque denominati*», espressa dall’art. 2643, n. 2-*bis* c.c., come già evidenziato rivela una pretesa categorizzante, racchiudendo in un unico contesto di riferimento una moltitudine di figure edificatorie che nelle rispettive fonti normative assumono molteplici denominazioni⁶⁵; va da sé che l’utilizzo, da parte del

⁶³ Si può quindi parlare di una cubatura “inesauribile”, in quanto non si esaurisce neppure a (*rectius*, nella) costruzione ultimata. In tal senso TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 329, nota 160, quando afferma che la cubatura non resta assorbita dal bene immobile in cui si materializza, «ma viene più semplicemente spesa per la sua edificazione»; ID., op. ult. cit., 324, nota 145, sostenendo che «la proprietà di una cubatura non “si trasforma” nella proprietà di un edificio, ma è una cosa diversa ontologicamente e tecnicamente, ben potendo non trovare mai espressione concreta perché il titolare non lo ritiene opportuno o ancora perché ad esempio su di essa abbia inciso qualche evento che l’abbia caducata».

⁶⁴ Cass. Sez. II, 22 novembre 2004, n. 22032, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 847.

⁶⁵ *Ex multis*, tra le fonti di livello regionale, si pensi al «*trasferimento di diritti edificatori*» della Basilicata (l. reg. 11 agosto 1999, n. 23) e del Friuli Venezia Giulia (l. reg. 23 febbraio 2007, n. 5), alla «*cessione dei diritti edificatori e di cubatura*» ed al «*trasferimento di volumetrie*» della Sicilia (l. reg. 10 agosto 2016, n. 16), ai «*diritti volumetrici*» della Puglia (l. reg. 22 febbraio 2005, n. 3) ed ai «*crediti edilizi*», semplici o da rinaturalizzazione, del Veneto (rispettivamente, l. reg. 23 aprile 2004, n. 11 e l. reg. 4 aprile 2019, n. 14).

legislatore, del termine «*diritti*» (edificatori)⁶⁶, non può fungere da elemento distintivo che escluda aprioristicamente la prospettiva della reificazione.

D'altronde, sono plurimi gli elementi che qualificando la cubatura come bene autonomo non mostrerebbero quelle criticità che, al contrario, emergono qualora la declinassimo come diritto reale. Basti pensare al requisito dell'inerenza, il quale, imprescindibile per qualsiasi *ius in re*, si è visto difettare nella circolazione della cubatura "in volo" quale diritto reale, mentre non sarebbe d'ostacolo se quest'ultima venisse traslata in quanto bene, poiché in tal caso sarebbe legittimamente priva di qualsiasi presente collegamento con un fondo d'atterraggio.

Tale ricostruzione, inoltre, ben si concilierebbe anche con quelle disposizioni regionali regolanti la circolazione dei diritti edificatori, poiché in tal caso esse disciplinerebbero non un diritto soggettivo, ma un bene che a sua volta forma oggetto dello stesso, «il cui statuto seguirà naturalmente la disciplina civilistica generale»⁶⁷, senza che possa manifestarsi il paventato contrasto con l'art. 117, c. 2, lett. l) Cost.

La soluzione reificante, tra l'altro, fornirebbe la *ratio* che ha (ulteriormente) spinto il legislatore ad inserire un apposito n. 2-*bis* nell'art. 2643 c.c. per dare emersione pubblicitaria ai negozi volumetrici, in quanto, ergendo la cubatura a bene mobile, senza tale specifico riferimento essi non avrebbero avuto altri modi per accedere ai Registri Immobiliari, poiché, diversamente da quanto sostenuto⁶⁸, la loro trascrizione non sarebbe stata possibile ai sensi dei nn. 1 e 10 della citata norma, i quali si riferiscono soltanto a beni immobili⁶⁹; in tal modo, alle regole di circolazione proprie di questi ultimi si sono assoggettati anche beni (non im) mobili quali i diritti edificatori.

Le Sezioni Unite, per giunta, sancendo che la cessione di cubatura non necessita della forma scritta *ad substantiam*, rileggono al ribasso la portata pubblicitaria del n. 2-*bis*, stimolando un depotenziamento del mezzo trascrittivo che potrà pregiudicare la certezza dei rapporti intercorrenti tra i soggetti del negozio giuridico. Anche sotto tale profilo, una qualificazione della cubatura quale *res* autonoma appare più coerente sia con quello che è

⁶⁶ Piuttosto che l'utilizzo dei termini "cubatura" o "volumetria", i quali sono già ricompresi nella conglobante definizione «*diritti edificatori comunque denominati*».

⁶⁷ TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 146.

⁶⁸ In tal senso GAZZONI, *Trattato della trascrizione, Vol. I, Tomo I - La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 208.

⁶⁹ In tal senso TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 350. I nn. 1 e 10 dell'art. 2643 c.c. si riferiscono a beni immobili (rispettivamente, al trasferimento della loro proprietà ed al conferimento del loro godimento in società o associazioni di durata ultranovennale o indeterminata).

stato l'intento del legislatore, sia con l'efficacia reale discendente dall'art. 1376 c.c., che in tal caso opererebbe non per «*il trasferimento di un altro diritto*», come sancito dalle SS.UU., ma per «*il trasferimento della proprietà di una cosa determinata*»⁷⁰.

Perdipiù, una tale ricostruzione sarebbe in linea con il carico fiscale determinato dalla sentenza in esame, poiché anche qualificando la cubatura come un bene autonomo l'imposta di registro sarebbe pur sempre del 3%, e quelle ipotecaria e catastale rimarrebbero in misura fissa pari ad euro 200: per quanto concerne la prima cambierebbe il presupposto normativo, applicandosi l'art. 2 della Tariffa Parte I allegata al d.P.R. n. 131/1986 in luogo dell'art. 9⁷¹; per quanto riguarda le seconde, i riferimenti normativi rimarrebbero invariati (gli artt. 4 Tariffa allegata al d.lgs. 347/1990 e 10, c. 2 del medesimo d.lgs.), incidendosi soltanto sui presupposti giuridici per cui applicare tali disposizioni. Non mancano, comunque, dubbi sull'effettiva praticità ed utilità di una voltura catastale (con conseguente applicazione della relativa imposta), sia considerando la cubatura quale diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale, sia quale bene autonomo⁷², non godendo essa di appositi dati catastali.

In conclusione, la statuizione delle Sezioni Unite ha sicuramente fatto chiarezza (definitiva?) su un contrasto interpretativo che da tempo agitava giurisprudenza, dottrina ed "addetti ai lavori", facilitando le operazioni negoziali ed abbassandone i costi; ma la stessa soluzione (tributaria) poteva essere adottata all'insegna di una ricostruzione dogmatico-civilistica maggiormente coerente con quei tanti profili (spesso critici) che si annidano all'interno di un complesso istituto quale quello dei diritti edificatori (e della cessione di cubatura).

⁷⁰ La cubatura in quanto bene oggetto di diritti, oltre ad esserlo di una situazione proprietaria, potrebbe divenirlo anche di un usufrutto, ossia il solo tra gli *iura in re aliena* che, dati i loro schemi tipici, sembra compatibile con le caratteristiche della volumetria.

⁷¹ L'art. 2 recita: «*Atti di cui al c. 1 dell'art. 1 relativi a beni diversi da quelli indicati nello stesso articolo e nel successivo art. 7: 3%*». In tal modo, la cubatura quale bene verrebbe tassata con questa aliquota in sede di registrazione dell'atto traslativo a titolo oneroso in chiave residuale, non essendo né un bene immobile (ai sensi dell'art. 1), né un'unità da diporto (ai sensi dell'art. 7).

⁷² Torna utile, in tal senso, l'orientamento della Commissione Tributaria Provinciale di Latina, che aveva ritenuto la cessione di cubatura soggetta alla sola imposta di registro.