

(In dottrina v. Gabrielli, *op. cit.*, 505, laddove afferma che l'ordinamento non prevede la *chance* come situazione giuridica, dato che per arrivare alla tutela la cui protezione è diretta la disciplina dell'illecito aquiliano, il danno deve essere anzitutto concreto e soprattutto ingiusto).

Ciò non toglie che una volta stabilito che danno in senso giuridico è non la lesione d'un diritto in sé ma le conseguenze che ne sono derivate, nulla vieta al giudice di risalire al fatto ignorato dell'esistenza d'un danno muovendo dal fatto noto, del tipo, quantità e qualità della lesione subita dal danneggiato (Cfr. Cass. civ., 25 maggio 2016, n. 10870, in *www.iusexplorer.it*,

riguardante una fattispecie in cui la condizione del bene per effetto delle infiltrazioni provenienti dal lastrico solare erano state accertate dal c.t.u. ed avevano di fatto impedito al suo titolare ogni possibilità di godimento, anche mediato, e, quindi, di poterlo utilmente locare, non risultando sotto tale aspetto, che il medesimo proprietario dello stesso cespite si fosse intenzionalmente disinteressato dell'immobile, omettendo di esercitare ogni forma di utilizzazione).

Vito Amendolagine

■ Proprietà – Cubatura – Trasferimento

Tribunale Trento, 14 maggio 2019 – Pres. Avolio – Rel. Fermanelli – S.

Edilizia e urbanistica – Libri fondiari – Terreno ipotecato – Trasferimento cubatura – Non iscrivibilità

Nel sistema tavolare il trasferimento di diritti edificatori proveniente da terreno gravato da ipoteca non può essere iscritto nei registri fondiari.

Omissis. – Espone il reclamante che V.S., quale proprietaria della *omissis*, aveva donato a S. S. parte della volumetria spettante alla suddetta p.m. affinché egli potesse utilizzarla a favore delle *omissis*; anche E. S., quale proprietario della p. *omissis* aveva donato a S. S. parte della volumetria spettante alla suddetta p.m. 2 affinché S. S. potesse utilizzarla a favore delle *omissis*; la p.m. *omissis* è gravata dal diritto d'ipoteca iscritto sub *omissis* per complessivi euro 160.000 a favore della Banca Intesa San Paolo spa;

con il decreto tavolare oggetto di reclamo era stato intavolato esclusivamente il diritto edificatorio a carico della p.m. *omissis* ed a favore del proprietario pro tempore delle *omissis* per la capacità edificatoria di mc 39,10, mentre era stata rigettata la domanda tendente ad ottenere l'intavolazione del diritto edificatorio a carico della pm. *omissis* ed a favore del proprietario pro tempore delle *omissis* per la capacità edificatoria di mc 99,96. Il giudice tavolare aveva respinto la domanda ritenendo che la cessione di diritti edificatori relativa ad immobili ipotecari comportasse un'implicita riduzione della garanzia spettante al creditore; che, in considerazione dell'elencazione tassativa di cui all'articolo 2810 c.c., il diritto, edificatorio non fosse capace di ipoteca; che non era stato prodotto un titolo in base al quale i mc ceduti dalla p.m. *omissis* alle pp.mm. 3 e 4 della medesima *omissis* venissero liberati dall'ipoteca sub *omissis*;

il reclamante concorda sul fatto che la previsione di cui all'articolo 2810 c.c. sia tassativa, e quindi i diritti edificatori effettivamente non possano essere gravati da ipoteca, e quindi non possono nemmeno essere liberati non essendo passibili di tale aggravio. Ritiene tuttavia che sia improbabile che i creditori, nel calcolo del valore di un fabbricato già da tempo esistente, tengano conto del valore di una capacità edificatoria residua che potrebbe in ipotesi non sussistere nemmeno. Sostiene che il creditore può attivare diversi rimedi per tutelare i propri diritti (risoluzione del contratto, decadenza dal beneficio del termine, azione re-

vocatoria ordinaria) ed espone che una precedente istanza avente, contenuto analogo, era stata invece accolta.

Il reclamo in esame deve essere rigettato.

Il fatto che stesso che il reclamante concordi sull'interpretazione dell'articolo 2810 c.c., con la conseguenza che il diritto edificatorio non possa essere oggetto di ipoteca, conferma la correttezza del provvedimento impugnato, posto che con la donazione di parte della volumetria propria della particella interessata il diritto d'ipoteca verrebbe a gravare su una parte minore dell'immobile, non potendo rimanere iscritta sulla porzione di immobile interessata dal diritto edificatorio; nella sostanza una parte fisica del fondo oggetto di ipoteca verrebbe sottratto ad un vincolo ipotecario in precedenza esistente sulla quella medesima parte fisica.

La doglianza secondo cui il creditore ipotecario, nel valutare il bene costituito da un immobile già realizzato, non terrebbe conto delle potenzialità edificatorie residue costituisce un'affermazione contraria al fatto notorio, costituito dalla circostanza che sicuramente un edificio costruito su un terreno che consente l'ampliamento dell'edificio stesso ovvero la realizzazione di altri edifici abbia un valore maggiore rispetto ad altri immobili che non hanno simili caratteristiche; il fatto che il creditore ipotecario possa reagire alla eventuale lesione dei suoi diritti non giustifica l'intavolazione di diritti che siano in contrasto con diritti precedentemente intavolati in assenza di un titolo che giustifichi l'intavolazione successiva. Infine il precedente invocato dal reclamante non risulta pertinente, posto che con il contratto richiamato veniva effettuata una permuta all'esito del quale il valore del bene assoggettato ad ipoteca non veniva modificato, come espressamente indicato alla clausola n. 3 I del contratto in questione. – *Omissis.*

Intrasferibilità della cubatura (diritti edificatori) provenienti da terreno ipotecato

A quanto consta si tratta della prima decisione sul punto.

Fino al 2011 la letteratura discuteva della possibilità di trasferire ad altri il diritto di edificare come concesso dai piani regolatori vigenti e si propendeva spesso per la natura meramente obbligatoria del contratto; indicazioni in proposito in Felis, *Superficie e fattispecie*

atipiche. La cessione di cubatura, in *Contratto e Impresa*, 2003, 632 e segg., in Gazzoni, *I diritti edificatori*, nel *Tratt. della trascrizione* diretto da Gabrielli e Gazzoni, I, 2, Torino, 2014, 206 e segg., in Alamanni, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?* In *Contratto e Impresa*, 2014, 659 e segg.; in Leo, *Il trasferimento della cubatura*, studio n. 1763 del Consiglio nazionale del notariato approvato il 29 settembre 1999, reperibile nel sito del CNN.

Successivamente è intervenuto l'art. 5, 3° comma, D.L. n. 70/2011, così giustificato dal precedente 1° comma: “per liberalizzare le costruzioni private” si prevede, *inter alia* ed alla lettera c), la “tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la ‘cessione di cubatura’”.

Questa tipizzazione invece non c'è stata, anche se il 2° comma indica che “conseguentemente, alla disciplina vigente sono apportate, tra l'altro, le seguenti modificazioni...”: infatti l'unico intervento è stato quello che ha introdotto la modifica all'art. 2643 c.c. inserendo il n. 2-*bis*, c.c., che impone la trascrizione dei “contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”.

Si segnala in letteratura la non sovrapposibilità della nozione di “cubatura” a quella di diritti edificatori, stanti le diverse fonti amministrative da cui possono derivare aspettative edificatorie (perequazione urbanistica, compensazione e premialità edilizie: cfr. Mastropietro, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, 58 e segg.; Felis, *I diritti edificatori. Una possibile rivoluzione?* In *Vita Notar.*, 2019, 430 e segg., 1101 e segg.; Gazzoni, *op. cit.*, 220 e segg.).

A prima lettura siamo in presenza di fattispecie nominata ma non tipizzata, anche se il trasferire un diritto, quale che sia, rientra esattamente nello schema della compravendita (v. Alamanni, *op. cit.*, 672-673 ma *contra* Gazzoni, *op. cit.*, 208, riferendosi alla circolazione di “un bene” affermata ad es. da Alamanni, *op. cit.*, 664; v. peraltro ancora Gazzoni, *op. cit.*, 213 e Felis, *op. cit.*, 1104 per il richiamo all'art. 1376 c.c.), essendo semmai più difficile verificare le altre due ipotesi.

Vero è che la possibilità di edificare è pur sempre subordinata al rilascio del titolo autorizzativo da parte del comune – tant'è che molto autorevolmente si parla di “chance edificatoria” in contrapposizione a qualsiasi natura reale del diritto edificatorio (Gazzoni, *op. cit.*, 212 e segg.) – ma è anche vero che la giurisprudenza nega una piena discrezionalità amministrativa in tema di rilascio del permesso di costruire (v. ad es. la motivazione di Cass. civ., 12 novembre 2015, n. 23130; gli interventi della Corte costituzionale a partire dal 1968 sono ricostruiti da Felis, *op. cit.*, 423 e segg., che opta per la discrezionalità – cit., 1134 – al pari di Gazzoni, *op. cit.*, 208, 211), non potendo cioè negare il titolo abilitativo se non in forza di limiti preesistenti nel p.r.g.

Ma non ci pare che questo sia un vero problema: in fondo si tratta di contratto aleatorio che ha per oggetto l'aspettativa qualificata che, se non per tutti, almeno per i più ha la consistenza di *ius edificandi*.

La costituzione o la modifica di un diritto edificatorio non sembrano invece fattispecie riconducibili al diritto privato (Felis, *op. cit.*, 430 e segg.): semmai appartengono alle varie ipotesi regolate o dal testo unico dell'edilizia (D.P.R. n. 380/2001 ma anche art. 23, L. n. 1150/1942, art. 32, L. n. 47/1985, art. 21, 1° comma, L. n. 308/2004 ecc.) o dalle leggi regionali (ampia casistica in Restaino, *Natura giuridica dei diritti edificatori*, in *wiki-ius, e-glossa.it*, 2015) e francamente non è chiaro a che titolo debba ed anzi possa essere trascritto lo *ius edificandi* od altra facoltà connessa alla proprietà e disciplinata dal diritto amministrativo.

Qui l'art. 2643 c.c. non c'entra affatto, almeno per dirimere controversie di diritto privato.

Molto più interessante il problema affrontato dalla decisione in esame che, sebbene resa in materia tavolare, afferma un principio che può essere astrattamente applicabile anche al regime degli atti soggetti a pubblicità dichiarativa.

L'assenza di ogni indicazione del legislatore consente di profilare tre soluzioni.

Si può dire, come ha fatto il tribunale di Trento, che i diritti edificatori non siano trasferibili se provenienti da un terreno ipotecato.

Si può sostenere ovviamente l'ipotesi contraria; infine una sua variante è che siano trasferibili ma gravati dell'ipoteca nella misura riferibile ai diritti medesimi.

Il tribunale ha scartato la terza opzione: stante la tassatività dei diritti assoggettabili ad ipoteca, poiché i diritti edificatori non sono inclusi nell'art. 2810 c.c., allora non possono essere gravati da ipoteca.

La conseguenza che ne ha tratto, cioè l'intrasferibilità dei diritti edificatori provenienti da terreno ipotecato ci pare però potesse avere anche una soluzione diversa, sebbene specificamente disciplinata solo dal diritto tavolare (R.D. n. 499/1929, l.t.), che nell'art. 9 ha incluso i diritti edificatori tra quelli passibili di iscrizione nei libri fondiari.

Infatti l'art. 13 l.t. consente l'iscrizione di ipoteca anche “su singoli piani, alloggi od altri locali che, ai sensi dell'art. 10, siano iscritti quali enti indipendenti”; tali enti indipendenti, va chiarito, sono trasferibili sempre ai sensi dell'art. 10 l.t.

Un antico precedente aveva ritenuto possibile iscrivere anche il diritto al palco del teatro (App. Trieste, 24 novembre 1952, in Sicchiero, *La trascrizione, l'intavolazione*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1992, 271).

Dunque così come sono trasferibili e conseguentemente iscrivibili nei libri fondiari i trasferimenti dei diritti edificatori, potrebbero del pari ragionarsi sulla trasferibilità dei medesimi seguiti dall'ipoteca, sia pure se provenienti da terreno oggetto di ipoteca.

In fondo si tratterebbe semmai di scorporare (o escorporare *ex art. 11 l.t.*) dal bene originariamente ipotecato, la misura della cubatura trasferibile, di modo che l'ipoteca la segua.

Il regolare il caso sulla base del solo art. 2810 c.c. non ci pare sia stata la soluzione migliore, in quanto il tribunale avrebbe dovuto verificare prima la possibile applicazione della legge tavolare nel senso anzidetto, che prevale sul codice civile *ex art. 12 disp. generali l.t.* (sul tema v. di recente Sicchiero, *L'intavolazione*, nel *Tratt. della trascrizione*, cit., 3, 415).

In ogni caso, quale che sia la soluzione da preferire in materia tavolare, da qui non si traggono argomenti per risolvere il problema secondo la disciplina applicabile nel resto d'Italia.

Il discorso generale si potrebbe affrontare in altra maniera, applicando in analogia la disciplina del codice relativa al diritto di superficie costituito su terreno ipotecato successivamente all'iscrizione della garanzia (sulla differenza tra le fattispecie v. però anche Alamanni, *op. cit.*, 663).

Qui se il bene sia assoggettato ad esecuzione forzata, il trasferimento del diritto edificatorio non sarebbe opponibile al creditore e quindi il terreno verrebbe venduto come se non esistesse.

Il problema concreto che sorge nel caso in esame consiste nelle conseguenze dell'ipotizzata inopponibilità al creditore, del trasferimento dei diritti edificatori, perché qui c'è un terzo incomodo, ovvero la pubblica amministrazione (il comune), in relazione agli eventuali provvedimenti autorizzativi concessi all'acquirente, che abbia poi edificato in forza della cubatura trasferitagli.

Poiché la cubatura complessivamente concessa dal p.r.g. non può mutare in ragione delle vicende che intercorrono tra i privati, non è ammissibile che la cubatura trasferita rientri poi nella titolarità del proprietario del terreno ipotecato, al fine del trasferimento coattivo in sede di esecuzione forzata.

È ben vero che nulla potrebbe essere stato edificato dall'acquirente, ma qui si dovrebbero prospettare allora soluzioni diverse, a seconda che i diritti edificatori siano stati consumati o meno; inoltre pare difficile immaginare che il venir meno del trasferimento dei diritti edificatori per inopponibilità al creditore ipotecario, sia compatibile con il mantenimento dell'efficacia dei provvedimenti autorizzativi a favore dell'acquirente.

In altre parole, una volta costruito o ampliato un immobile in forza della cubatura acquistata, essendo la cessione inopponibile al creditore ipotecario, l'acquirente all'asta del terreno originario dovrebbe acquisire la relativa cubatura, ma questo comporterebbe che nel comparto edificatorio la cubatura complessiva supererebbe i limiti previsti dal p.r.g.

Dunque, poiché l'interesse pubblico al rispetto dei limiti edificatori prevale necessariamente sui rapporti privatistici, non è possibile che la soluzione dia adito a questo problema; la cubatura deve rimanere entro la soglia prevista dal p.r.g. e quindi si deve trovare una soluzione che non consenta di risolvere il problema tra privati a scapito dei limiti pubblicistici.

Detto questo, le soluzioni ci pare si restringano a

due ipotesi: una è che sia vietato il trasferimento di diritti edificatori provenienti da terreno ipotecato; l'altra che l'ipoteca "segua la cubatura"; entrambe, beninteso, forzano il dato letterale.

Dal profilo sistematico è pacifico che i diritti di garanzia non impediscono la circolazione dei beni, essendo caratterizzati dal diritto di seguito. Vietare la circolazione del bene ci sembra quindi l'errore peggiore, perché si introdurrebbe l'unico caso del nostro ordinamento un cui il proprietario non possa vendere un proprio bene.

Forzare (forse) l'art. 2810 c.c. ci sembra invece meno pericoloso: a parte che si tratta di evidenziare il mancato coordinamento delle norme, è certamente vero che l'art. 2823 c.c. consente l'iscrizione di ipoteca su cosa futura solo quando venga ad esistenza, ma l'art. 2825-*bis* c.c. consente l'iscrizione di ipoteca su immobile da costruire ed il successivo art. 2826 prevede che "per i fabbricati in corso di costruzione devono essere indicati i dati di identificazione catastale del terreno su cui insistono".

Infine, come tutti sanno, in caso di iscrizione di ipoteca su un terreno, questa si estende alle successive accessioni (art. 2811 c.c.), che non esistono al momento dell'iscrizione dell'ipoteca.

Autorevolmente si contesta però con forza che i diritti edificatori siano passibili di ipoteca (Gazzoni, *op. cit.*, 235), ipotesi pur sostenuta in letteratura (Restaino, *op. cit.*, anche dopo le critiche di Gazzoni, *op. cit.* alla precedente versione).

Senonché qui, a ben vedere, non siamo nemmeno in presenza di ipoteca da iscrivere sui diritti edificatori, ma di ipoteca regolarmente iscritta sul terreno, la quale dovrebbe seguire i diritti edificatori trasferiti e colpire l'edificio poi realizzato mentre, ove questo manchi, verrebbe colpito il terreno edificabile con la cubatura aggiuntiva.

In altre parole, non ci si dovrebbe nemmeno preoccupare di come iscrivere l'ipoteca, ma semplicemente applicare, per quanto occorra, la disciplina degli effetti dell'ipoteca verso il terzo acquirente (artt. 2858 e segg. c.c.).

Insomma, i diritti edificatori trascinerrebbero con sé il peso di cui sono già gravati *ab origine*, in ragione della regola per cui *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.

In definitiva, tra le due forzature ipotizzate, questa ci pare rappresentare il male minore o forse nemmeno un male. Ovviamente può creare problemi, ad es. in ordine ad una cubatura utilizzata non per costruire ma per ampliare un fabbricato preesistente, sulla cui porzione originaria non si estenderà allora l'ipoteca, ma questi problemi causati dal legislatore sono risolvibili, sia pure con difficoltà, ad es. nel caso di specie usando la disciplina dell'espropriazione dei beni indivisi.

Gianluca Sicchiero