

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35017-i-diritti-edificatori>

Autore: Parrino Nunziata

I diritti edificatori

La recente cass. pen. n.40111 del 2012 dopo la novella introdotta dal d.l. 70 del 13.05.11 art. 5 conv. con l.106/11 (art.2643 n.2 –bis c.c.)

I DIRITTI EDIFICATORI

la recente cass. pen. n. 40111 del 2012 dopo la novella introdotta dal d.l. 70 del 13.05.11 art. 5 conv. con l. 106/11 (art. 2643 n. 2 - bis c.c.).

La novella

La novella introdotta dal decreto legge n. 70 del 13 maggio 2011 che ha sancito la trascrizione all'art. 2643 c.c. n. 2- bis dei "contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale;" e' stata seguita da fiumi di inchostro tendenti a dimostrare l'assunto partendo dalla base: poiche' i diritti edificatori o comunque denominati (crediti edilizi, cubatura, volumetria) sono oggetto di trascrizione, essi hanno natura reale e il relativo contratto di trasferimento sarebbe un contratto ad effetti reali, che attuerebbe il trasferimento ora di un diritto reale "sui generis", ora di un diritto reale atipico, ora di un diritto reale tipico introdotto con la codificazione del principio appena detto della obbligatoria trascrizione dell'atto con cui se ne dispone. Come vedremo la posizione della giurisprudenza è nettamente diversa.

Premesso che per "diritto edificatorio" si intende la capacità edificatoria, espressa in unità di superficie o di volume edificabile, tale "diritto" ha un valore connesso ai prezzi del mercato immobiliare nella zona cui appartiene il suolo che lo genera.

La novella fa riferimento agli atti con cui i proprietari di diritti edificatori "consentono" che tali diritti vengano utilizzati su altri suoli accordandosi con i rispettivi proprietari, e ne rende obbligatoria la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata per poter accedere alla pubblicità nei Pubblici Registri Immobiliari, resa obbligatoria per dare certezza della loro circolazione giuridica, quanto meno, allo stato attuale, nei rapporti tra i privati. La novella, infatti, non è esaustiva nell'assicurare pubblicità ed opponibilità delle posizioni in esame, avendo la stessa lasciato fuori gli atti dispositivi di natura amministrativa della P.A. riguardanti le stesse posizioni giuridiche.

Tale esclusione è stata voluta col mancato accoglimento della proposta di introdurre nel codice civile l'articolo 2645 quarter, che avrebbe, nella stesura proposta, assoggettato a trascrizione anche gli atti di natura amministrativa che incidono sulla volumetria edificabile.

Natura giuridica dei diritti edificatori

La novella riporta in auge il problema della natura giuridica del diritto edificatorio o volumetria o cubatura, che sarà qui affrontato unitamente all'analisi delle motivazioni della mancata introduzione del proposto articolo 2645 quarter.

Dalla introduzione della citata novella una dottrina ha ritenuto di avere ragione della natura giuridica di diritto soggettivo reale delle posizioni giuridiche in esame, volendo così far provare troppo alla norma dell'articolo 2643 n. 2-bis c.c.

Appare opportuno preliminarmente un "excursus" delle varie tesi che sono state formulate sulla natura giuridica dei diritti edificatori o comunque denominati.

Tesi della natura reale del diritto edificatorio nelle seguenti varianti:

a) tesi dello "ius in re aliena": la natura reale del diritto edificatorio viene sostenuta sull'interpretazione sistematica dell'art. 2643 c.c.: poichè la disposizione del n. 2- bis è seguita dalla disposizione di cui al n. 3 che prescrive la trascrizione nei Registri Immobiliari dei contratti che sui "diritti menzionati nei numeri precedenti" costituiscono una comunione, il diritto edificatorio, si afferma, è un diritto reale in quanto può essere oggetto di comunione, la quale è uno "status" giuridico riferibile alla proprietà e agli altri diritti reali (1).

Questa tesi nega che la volumetria sia un bene autonomo oggetto di diritto di proprietà, altrimenti non sarebbe stata necessaria la introduzione del n. 2-bis all'art. 2643 c.c., ma la trascrizione sarebbe stata già prescritta ai sensi dell'articolo 2643 n. 1 del codice civile.

b) Tesi del bene autonomo immateriale oggetto di diritto di proprietà: il principio fondamentale del nostro ordinamento

giuridico del numero chiuso dei diritti reali porta a ritenere che la volumetria sia la "res" immateriale oggetto di un diritto di proprietà, poiché l'unico limite dell'oggetto di diritto è il valore economico della cosa e non certo la materialità o meno della stessa. Il "quantum" di valore economico della volumetria si determinerebbe avuto riguardo al fondo di origine (c.d. area di "decollo").

Una sottotesi di questa corrente, rilevando che il privato ha un interesse tutelato verso la P.A. all'adozione del provvedimento finale che concretizzi il vantaggio economico conseguito con la cessione di volumetria, individua nel diritto edificatorio una doppia natura: diritto soggettivo reale nei rapporti tra privati ed interesse legittimo nei confronti della P.A. (2).

Tesi del diritto reale di servitù: la difficoltà di immaginare che lo spazio aereo connesso alla proprietà del suolo possa essere oggetto di diritti separatamente alla proprietà dello stesso senza sfociare in un diritto di superficie, e la difficoltà di ampliare il numero chiuso dei diritti reali porta alla tesi secondo cui il diritto edificatorio configura un diritto reale di servitù, il quale, pur rientrando nel numero chiuso dei diritti reali, permette di elaborarne liberamente il contenuto, senza dover scindere l'area dal suolo.

Tale tesi incontra un ostacolo insuperabile nella mancanza di alterità dei soggetti titolari dei fondi interessati (di "decollo" e di "atterraggio") nell'ipotesi di concentrazione o accorpamento di cubatura che vede spesso un'unica titolarità dei fondi interessati.

Altro limite di questa tesi è dato dalla verosimile ipotesi in cui viene ceduto il diritto edificatorio ad un soggetto che individuerà solo in prosieguo "l'area di atterraggio". In altri termini, il "fondo di decollo" è in ogni caso individuato subito, mentre "il fondo di atterraggio" potrebbe essere individuato solo in prosieguo, mancherebbe quindi un presupposto essenziale della servitù: l'individuazione del "fondo servente" e del "fondo dominante" già all'atto della costituzione.

Tesi della natura obbligatoria del diritto edificatorio quale diritto soggettivo relativo

La dottrina prevalente sostiene che il diritto edificatorio

o credito edilizio sia un diritto soggettivo di natura obbligatoria. Non un diritto da ricondurre allo "jus aedificandi" quale facoltà promanante dal diritto dominicale dei fondi, ma un diritto che trova fondamento nelle previsioni urbanistiche (perequative, compensative o premiali), autonomo rispetto ai diritti dominicali, che ne costituiscono il presupposto (3).

Si ritiene che trattasi di un diritto di credito poichè il privato al fine di poter conseguire gli effetti favorevoli propri del contratto di cessione di volumetria, necessita comunque della cooperazione dell'Amministrazione pubblica competente.

Il contratto di "cessione" del credito edilizio sarebbe regolato dagli artt. 1260 e ss. del Codice civile, costituendo l'iscrizione della cessione nel registro dei crediti edilizi, tenuto dal Comune, la notificazione al debitore ceduto ex art. 1264 c.c., al fine di rendere efficace la cessione verso quest'ultimo.

Peraltro, tale dottrina fa rilevare che la tesi della natura reale del diritto edificatorio mal si concilia con lo sganciamento del diritto edificatorio dalle facoltà dominicali, che appare chiaro quando il diritto edificatorio appartiene ad un soggetto senza associarsi ad un'area di "atterraggio" (4).

La posizione della giurisprudenza

La giurisprudenza sostiene che lo "ius variandi" dell'Ente territoriale e la possibile "reformatio in pejus" della disciplina urbanistica ostano alla configurazione di un "diritto edificatorio" (Consiglio di Stato n. 2418 del 10.01.09) (5).

L'esistenza di un piano di lottizzazione edilizia non priva l'Amministrazione del potere di adottare in prosieguo di tempo scelte urbanistiche di segno opposto mediante provvedimenti di variante del P.R.G., a condizione che siano persuasive ed esplicitate le ragioni di pubblico interesse che inducono a ritenere superato l'assetto precedente e che sia dimostrata, caso per caso, la prevalenza del nuovo interesse pubblico rispetto a quello del privato proprietario (Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 ottobre 1996, n. 1116; Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1385) (6).

Dopo la novella del D.L. n. 70/11 la Corte di Cassazione n. 40111 del 11 ottobre 2012 afferma: "In tema di cessione di cubatura, la efficacia della volontà del proprietario "cedente" costituisce, all'interno del procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire, presupposto di tale provvedimento, così che il trasferimento di volumetria si realizza soltanto con il rilascio finale del titolo edilizio. Peraltro, soltanto per effetto del rilascio del provvedimento amministrativo si **costituisce il "vincolo di asservimento"** che, senza oneri di forma pubblica o di trascrizione, incide definitivamente sulla disciplina urbanistica ed edilizia delle aree interessate...".

La decisione della Suprema Corte appare molto interessante in quanto vero è che (nella prima parte di quanto sopra riportato) viene usato il termine legislativo "trasferimento di volumetria", ma nella seconda parte si precisa, o meglio si interpreta, tale terminologia affermando che il rilascio del provvedimento amministrativo (su una volumetria allargata) **costituisce il "vincolo di asservimento"**.

La vera natura giuridica del diritto edificatorio

Non appare sostenibile che il legislatore si avvalga delle norme sulla trascrizione per scardinare un principio base del nostro ordinamento giuridico, quello del numero chiuso dei diritti reali, plausibile e' invece che abbia inteso sancire la pubblicità nei pubblici registri immobiliari di un evento (il "trasferimento") che non riguarda diritti reali e che per l'appunto si e' resa obbligatoria l'introduzione di una norma "ad hoc". "A contrario" perché introdurre tale norma se i diritti reali sono trascrivibili ex n. 1 dello stesso art. 2643 c.c.?

Le difficoltà incontrate dalla dottrina che fin qui si e' cimentata sulla natura giuridica dei diritti edificatori, cercando di sostenerne la natura di diritto reale tipico o atipico che sia, trovano plausibile spiegazione nella peculiarità di base data dalla fonte creatrice del diritto edificatorio o credito edilizio o cubatura. Tale fonte creatrice non e' una norma di legge, ma un atto normativo-precettivo della Pubblica Amministrazione (7): lo strumento di pianificazione territoriale che trova esplicazione a livello statale, regionale e comunale, per definizione

modificabile fino al punto che un terreno inedificabile possa diventare edificabile e viceversa (8).

La fonte amministrativa del preteso diritto reale in esame non può non riflettersi sulla sua natura giuridica. Appare insostenibile alla luce dei principi giuridici cardine che un diritto reale possa essere creato da P.A. o dalla stessa soppresso. E non solo. Tale "diritto reale" muterebbe di contenuto a seconda dell'area in cui il cittadino opera, poiche' gli strumenti di pianificazione territoriale possono divergere nella previsione dell'indice di edificabilita' pur trattandosi delle stesse zone urbanistiche ma allocate in territori diversi. Esempio: la zona "B" di una regione puo' avere un indice di edificabilità diverso da una stessa area denominata "B" giacente in altra regione o comune. Cio' porterebbe alla conclusione che i cittadini avrebbero uno stesso diritto reale di contenuto diverso, con violazione dell'articolo 3 della Carta Costituzionale.

Anche la fantasiosa metafora adottata dalla dottrina del diritto in "decollo" (quando si stacca dal fondo originario, terreno o fabbricato che sia), in "volo" (quando si sa a chi fa capo ma non si sa su quale terreno verra' concretamente esercitato), in "atterraggio" (quando viene individuato il fondo che ne beneficia), ha un suo fascino e merita di essere accolta solo in quanto si sostenga la natura non reale della posizione giuridica in esame.

Un diritto reale vero, si pensi alla proprietà, all'usufrutto ecc. si forma (a titolo originario o derivativo) e si incardina in capo al titolare: le fasi del "decollo" e dell'"atterraggio" coincidono e sono contestuali. E' impensabile un diritto di proprietà in "volo" per capire dopo, dove e su cosa andra' ad incardinarsi.

La fantasiosa metafora e' già esplicativa della natura non reale della posizione giuridica in esame, che va correttamente qualificata come "**aspettativa verso la P.A.**", la quale sulla base di un **atto di asservimento (rectius: di "vincolo")** verosimilmente rilascerà, al ricorrere di una serie di presupposti dettati dagli strumenti urbanistici, un permesso di costruire "maggiorato" rispetto a quanto assentito normalmente in quell'area.

La fattispecie a formazione progressiva come quella in esame e' inconciliabile con la nascita, la vita e la fine di un diritto reale.

Tale "aspettativa" verso la P.A. sorge solo in quanto il privato abbia esercitato la facoltà di edificare: facoltà "originaria" in quanto titolare di un fondo o facoltà "allargata" in quanto oltre ad essere titolare di un fondo possa usufruire dell'indice di edificabilità di un altro fondo, già oggetto di "cessione" (rectius: "vincolo") o di "riserva".

Si ricordi che il diritto reale nella previsione legislativa non necessita di alcun provvedimento di chicchessia per poterlo esplicare ed esercitare in ogni facoltà di cui si compone, tranne il diritto proprietà per la sua insita facoltà edificatoria, che per l'appunto una facoltà e', e una facoltà rimane.

La pubblicità nei pubblici registri immobiliari voluta dalla novella può essere attuata sia nella "riserva" di volumetria inedificata da parte del cedente il fondo sia nella "cessione" di volumetria, in quanto si crei con provvedimenti legislativi "ad hoc" statali o regionali, un registro dei crediti edilizi, che alcune regioni hanno già adottato, al fine di individuarli con attribuzione alfanumerica (una sorta di catasto). La concreta identificazione di tali posizioni giuridiche ne permetterà la trascrivibilità nel "quadro B" della nota di trascrizione e non certo nel "quadro D" della stessa che attua solo una pubblicità notizia.

La vera natura giuridica dell'atto dispositivo del diritto edificatorio

Dire "cedo" la volumetria non vuol dire che questa si "sposti" da un fondo all'altro, non potrebbe perché i privati non possono derogare allo strumento urbanistico, poiché trattasi di materia sottratta allo loro disponibilità (9). "Cedere" la volumetria o i diritti edificatori vuol dire obbligarsi a non sfruttare tale volumetria affinché venga sfruttata da altri in altri fondi, senza ricadere nella servitù sia in quanto non è detto che venga da subito individuata l'area di "atterraggio", sia in quanto potrebbe mancare la alterità della titolarità dei fondi interessati.

Non trattasi neppure di un diritto soggettivo relativo,

ossia credito "ceduto" al cessionario verso la P.A., poichè un rapporto obbligatorio tra due soggetti sorge in quanto uno di essi assume l'obbligo verso l'altro di eseguire una determinata prestazione. Nella nostra fattispecie la P.A. non ha assunto alcuna obbligazione verso il privato titolare di un'area.

La P.A. davanti ad un atto di "cessione" di volumetria, o comunque denominata, **non è debitrice di alcunchè** verso il cessionario, ma prende atto del **vincolo apposto dai privati su un fondo per avvantaggiare un altro fondo** e valuta se ci sono i presupposti per poter autorizzare la realizzazione del progetto presentato sfruttando una volumetria "allargata".

Così come la P.A. autorizzerà il titolare di un area con un provvedimento edificatorio ove ricorrano i presupposti della conformità del progetto presentato ai parametri di P.R.G., allo stesso modo autorizzerà il titolare di un'area che abbia presentato un progetto di edificazione sfruttando la volumetria "allargata": per la P.A. non cambia nulla sia che ci sia stata sia che non ci sia stata alcuna "cessione" di volumetria.

Si conclude che l'uso della terminologia legislativa "cessione di diritti edificatori" è **impropria poichè nulla viene ceduto, nulla nella fattispecie si può cedere, in quanto la volumetria di P.R.G. inerisce alle varie aree per definizione imposta da un atto di natura normativa - regolamentare proveniente dalla P.A.**

I privati non possono alterare la destinazione di uso voluta e definita dalla P.A. con una "cessione" di volumetria, possono soltanto "vincolare" una area a vantaggio di altra area, e di tale "vincolo" la P.A. prende atto quale uno dei presupposti per il rilascio di un permesso di costruire "allargato".

L'oggetto dell'atto dispositivo del diritto edificatorio non è una prestazione che deve rendere la P.A. al privato che esercita la facoltà di edificare, ma è **l'apposizione di un vincolo sul terreno di decollo, che rimane tale anche nella fase del volo, per arrecare un vantaggio nella area di atterraggio quando questa sarà individuata.**

Già di fatto la prassi vede la stipula di un atto di "vincolo", ossia di un atto con cui il proprietario di un area la vincola verso il Comune a favore di un'altra area.

La novella di cui all'art. 2643 n. 2 - bis del codice civile rende rilevante verso la P.A. anche l'atto di vincolo (impropriamente "cessione") stipulato tra privati (e non quindi necessariamente a favore del Comune) debitamente trascritto nei Pubblici Registri Immobiliari.

La vera finalità dell'articolo 2643 n. 2-bis c.c.

Sarebbe riduttivo che la novella di cui all'art. 2643 n. 2 - bis c.c. si limiti a rendere rilevante verso la P.A. l'accordo tra privati a voler vincolare un fondo a favore di un altro determinato o in futuro determinabile, la novella in realtà auspica la diffusione in Italia dei mercati borsistici già presenti da trenta anni circa negli Stati Uniti di America, in cui proprietari e costruttori comprano e vendono diritti edificatori e le Banche "aiutano" a gestire questo mercato acquistando i diritti in esame dai proprietari delle aree edificabili per cederli più tardi ai costruttori che li utilizzeranno in aree ben precise realizzando una densità edilizia più alta.

Va da sè che l'intermedizione banacaria appare alquanto proficua ove si inserisca nella fase eventuale dell'incremento edificatorio della zona di "decollo".

L'art. 2643 n. 2 - bis c.c. è diretto al riconoscimento del diritto edificatorio quale "res" commerciabile al di fuori di ogni ricostruzione schematica fin qui elaborata da dottrina e giurisprudenza, perseguito l'obiettivo finale di rendere dinamico e facilmente realizzabile ed opponibile ai terzi il mercato dei diritti edificatori, ove terzi sono, non ultimi, gli Istituti bancari finanziatori, che tale diritto dovranno riconoscere e all'occorrenza, per l'appunto, finanziare (10).

Nell'ottica di un "borsino" dei diritti edificatori, intesi come diritti non reali, non si pone il problema della loro non ipotecabilità ai fini del loro finanziamento, atteso che l'art. 2810 c.c. tace sul punto, perché alla stregua di qualsiasi titolo finanziario tali diritti possono essere oggetto di pegno (11).

Nell'ottica esposta si spiega perché non ha trovato ingresso nel nostro ordinamento giuridico l'art. 2645-quater che avrebbe assoggettato a trascrizione anche gli atti di natura amministrativo-urbanistica concernenti le posizioni giuridiche in esame.

Non servirebbe, infatti, trascrivere gli atti della P.A. poichè atti amministrativi che regolano la destinazione del territorio, mentre gli atti dei privati alterano la destinazione/volumetria impressa dall'atto amministrativo, sia pure nei limiti dell'apposizione di un "vincolo". L'atto amministrativo quale **atto di natura normativa - regolamentare è sempre opponibile ai privati** (12), l'atto tra privati non è sempre opponibile alla P.A. se non in quanto trascritto ai sensi dell'art. 2643 n. 2 bis c.c.

L'atto di vincolo imposto dalla P.A. si sottrae al mercato perchè atto "dovuto" che non abbisogna di essere finanziato in quanto mai può essere oggetto di contrattazione, l'atto di vincolo voluto dai privati rientra nella libera contrattazione di mercato, esplicazione dell'autonomia privata e non certo atto "dovuto", come tale all'occorrenza abbisogna di essere finanziato, e quindi il "valore aggiuntivo" che si crea su un fondo rappresenta un arricchimento creato a discapito di un altro fondo, che necessita di essere riconosciuto dai terzi, siano essi privati (potenziali terzi acquirenti), la stessa P.A. o Istituti di credito potenziali finanziatori di questo mercato.

Nunziata Parrino notaio

Note

(1) G. Amadio, I diritti edificatori: la prospettiva del civilista, p. 42 e ss, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato n. 3/11.

(2) A. Bartolini, Profili giuridici del c.d. Credito da volumetria, www. Pausania.it, sostiene che trattasi di un interesse legittimo pretensivo: la volumetria viene intesa come "utilitas" o come "chance" edificatoria, con un margine di rischio maggiore ove il trasferimento avvenga senza alcun riferimento alle aree cessionarie, atteso che l'atterraggio potrebbe anche non verificarsi a causa della mancanza delle aree idonee su cui esercitare il diritto edificatorio di sopravvenienze di fatto o di diritto.

(3) Il meccanismo definito "**perequazione urbanistica**" prescinde dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulle singole proprietà (oggetto di atti di cessione o di scambio tra privati) e dalla imposizione di vincoli di inedificabilità al fine di dotare il territorio di spazi destinati a opere pubbliche o al servizio della collettività.

La cessione gratuita al Comune in luogo dell'esproprio delle aree appartenenti ai privati sulle quali sono state previste opere pubbliche o servizi per la collettività, postula l'obbligo per l'ente pubblico di

corrispondere ai privati l'indennizzo parametrato al valore venale del bene, tuttavia l'ente pubblico può in luogo di tale indennizzo corrispondere al privato "espropriato" un titolo/credito edilizio che gli permetta un soddisfacimento differito del proprio originario diritto edificatorio su una differente area di atterraggio. Tale facoltà dell'ente pubblico, riconosciuta legittima dalla Corte Costituzionale 20 maggio 1999 n. 179 (in Riv. It. Dir. Pubbl. Comm. 1999 p. 873) realizza una sorta di "datio in solutum" definita **"compensazione urbanistica"**.

Diversa da quanto fin qui esposto è l'ipotesi della **"premialità edilizia"** che indica un tesoretto, ossia una riserva di crediti edilizi disancorata dalla proprietà fondiaria e trova fondamento nell'art. 1 co. 259 Legge Finanziaria per il 2008 (Legge 24 dicembre 2007 n. 244 a norma della quale: "ai fini dell'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico 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 comma 258", e dunque per gli spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi. In definitiva si parla di premialità per indicare l'attribuzione di un diritto edificatorio in aggiunta a quello previsto dagli strumenti urbanistici al fine di realizzare un'opera di interesse pubblico), che consente eccezionalmente al Comune di autogenerare diritti edificatori prescindendo dal collegamento con la proprietà dei suoli (Bartolini, I diritti edificatori in funzione premiale, in www.giustamm.it, 4, 2008).

(4) In questo senso Giovanni Sabbato, La perequazione urbanistica, www.giustizia-amministrativa.it, 2010: "...le utilità che si possono ritrarre da un bene gravato da un diritto reale possono essere ricondotte al valore di uso e al valore di scambio; orbene, il diritto edificatorio si connota per la forte accentuazione del secondo a discapito del primo, tanto che la completa dissociazione delle sue vicende da quelle relative al fondo nel quale può essere esercitato può addirittura condurre al totale azzeramento del valore di uso....Ciò non può non avere una ricaduta sulla sua natura giuridica, nel senso che essa finisce per essere del tutto sganciata da una "res" qualsiasi per assumere invece contorni precisi quando venga in considerazione la posizione dell'Amministrazione, che sostanzialmente si obbliga, attraverso le previsioni urbanistiche che contemplano le quote edificatorie, a consentire sul territorio la realizzazione della volumetria concessa. Mi sembra cioè ben più convincente la ricostruzione del diritto edificatorio "sub specie" di diritto di credito, nel quale è il Comune ad assumere la posizione di debitore. Il vero elemento ostativo alla configurazione del diritto soggettivo è connesso al fatto che anche tale fattispecie è esposta alle successive ed incondizionate scelte urbanistiche, che potrebbero inficiare se non annullare la possibilità di esercizio del diritto."

(5) Diritto edificatorio sta per "capacità edificatoria", la cui determinazione rientra nella funzione pubblicistica discrezionale di pianificazione del territorio "non è possibile pianificare l'uso del territorio senza differenziare le varie sue parti valorizzandone alcune

e mettendone altre più o meno direttamente al loro servizio... poichè il piano ha come oggetto principale quello di attribuire destinazioni di aree, che non possono essere ovunque le stesse, esso riveste necessariamente un carattere discriminatorio" (Consiglio di Stato, sez. IV, 14.04.81 n. 367 in Foro Amministrativo, 1981, I, 851 - Stella Richter, Diritto Urbanistico, Milano 2010, p. 47).

La pianificazione del territorio deve comunque rispettare il principio di uguaglianza formale ex art. 3 co. 1 Cost. ripartendo la capacità edificatoria in maniera proporzionale tra i proprietari delle aree ricadenti nella stessa zona.

(6) Non necessita di una articolata motivazione la variante del P.R.G. che destina a zone agricole un'area, con la finalità evidente di limitare l'edificazione e di promuovere, in ossequio all'articolo 9 Cost., la tutela ambientale (Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 settembre 2002, n. 4907).

Ai sensi dell'articolo 13 L. n. 241/1990 l'adozione di una variante al P.R.G., in quanto provvedimento di pianificazione, non deve essere necessariamente preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento nei confronti dei soggetti interessati. Solo quando la variante al P.R.G. concerne l'esecuzione di una singola opera pubblica localizzata sopra un'area ben individuata, la comunicazione di avvio del procedimento deve essere inviata al proprietario dell'area interessata, non venendo in considerazione un autentico atto di pianificazione o programmazione del territorio (Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2004 e Sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1236).

(7) Il trasferimento di diritti edificatori va inteso in ambito privatistico come contrattazione tra privati al fine della cessione di diritti edificatori (già in volo), in ambito pubblicistico come esplicazione della potestà pubblicistica perequativa, compensativa e premiale (si veda la nota 3).

(8) La giurisprudenza amministrativa definisce il Piano Regolatore Generale un provvedimento amministrativo a contenuto precettivo con effetti di conformazione concernenti i beni immobili costituenti il territorio, quindi aventi efficacia reale e non personale. Il piano è ritenuto un atto di pianificazione di carattere generale, contenente prescrizioni che qualificano e regolano il territorio, con **riflessi indiretti nei riguardi dei soggetti che sono in relazione con tali beni** (Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 marzo 1981, n. 248 in Consiglio di Stato, 1981, I, 266). La Cassazione ritiene che le norme di piano abbiano natura **sostanzialmente regolamentare e di integrazione del codice civile** (Cass. Sez. Civ. II, 6 maggio 1980, n. 2971, in Consiglio di Stato, 1980, II, 1012). La parte normativa del Piano Regolatore stabilisce i caratteri e le prescrizioni di ciascuna zona specificando gli indici di fabbricabilità e le destinazioni d'uso consentite (c.d. "zonizzazione") in conformità alle prescrizioni dell'articolo 7 della L. n. 1150/1942 modificato dall'articolo 1 della L. n. 1187 del 19 novembre 1968.

(9) L'articolo 11 co. 2 L. n. 1150/1942 dispone: "I proprietari degli immobili hanno l'obbligo di osservare nelle costruzioni e nelle ricostruzioni le linee e le prescrizioni di zona che sono indicate nel Piano (Regolatore Generale del Comune)". E' pacifco l'orientamento giurisprudenziale secondo cui si ha l'immediata operatività di tutte le disposizioni del P.R.G. quando contengano, con riferimento ad una zona

ben individuata, **prescrizioni precise e categoriche di vincolo** (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 aprile 1962, n. 284 e Sez. V, 22 maggio 1964, n. 574). Si ricordi, inoltre, che le prescrizioni del P.R.G., approvato e pubblicato nelle forme di legge, sono assistite dalla presunzione legale di conoscenza.

(10) Come già accadde nel New Jersey nel 1993 con la normativa istitutrice di un istituto bancario che offre alla clientela, tra i vari servizi, il finanziamento dell'acquisto di diritti edificatori dalle aree di "decollo".

(11) Durante il "volo" il diritto edificatorio costituisce un titolo volumetrico svincolato dalla proprietà immobiliare, destinato a circolare come un titolo di credito, possibile oggetto di un "mercato borsistico", dotato di un valore intrinseco **per l'alea derivante dalla discrezionalità propria della funzione pubblicistica di pianificazione del territorio.**

(12) Le prescrizioni di P.R.G. sono assistite dalla presunzione legale di conoscenza propria degli atti normativi in quanto impongono limiti e condizioni di uso alla proprietà privata dei suoli, al fine di garantirne la funzione sociale di cui all'articolo 42 della Costituzione.