

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/02/2012

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/33079-governo-del-territorio-e-jus-aedificandi>

Autore: Chiarella Roberta

Governo del territorio e jus aedificandi

Il problema dei trasferimenti di volumetria

avv. Roberta Chiarella

*GOVERNO DEL TERRITORIO E JUS
AEDIFICANDI.
IL PROBLEMA DEI TRASFERIMENTI DI
VOLUMETRIA.*

INDICE

Capitolo 1

GOVERNO DEL TERRITORIO E IUS AEDIFICANDI

- | | |
|---|--------|
| 1. Dall'urbanistica al governo del territorio | pag. 1 |
| 2. Attività edificatoria e jus aedificandi | pag. 5 |

Capitolo 2
I TRASFERIMENTI DI CUBATURA

Parte I

- | | |
|---|---------|
| 1. Inquadramento generale | pag. 17 |
| 2. Standards edilizi: riflessi sull'origine dell'istituto | pag. 19 |
| 3. Requisiti: omogeneità urbanistica dell'area e contiguità dei fondi | pag. 21 |

Parte II

PRINCIPALI PROBLEMATICHE

- | | |
|--|---------|
| 4. Tipi negoziali ritenuti ammissibili | pag. 25 |
| 5. La tesi della realtà e la tesi della obbligatorietà | pag. 29 |
| 6. L'oggetto del contratto | pag. 33 |
| 7. I trasferimenti di volumetria come contratto | pag. 35 |
| 8. L'ipotesi della compravendita: inammissibilità | pag. 36 |
| 9. Similitudini con la figura del contratto preliminare | pag. 38 |
| 10. Similitudini con il contratto sottoposto a condizione (iuris sospensiva) | pag. 39 |
| 11. Il risarcimento del danno | pag. 42 |

Parte III

RICOSTRUZIONI TEORICHE E QUALIFICAZIONE
GIURIDICA

- | | |
|--|---------|
| 12. La teoria della servitù atipica | pag. 48 |
| 13. La teoria del diritto di superficie | pag. 52 |
| 14. La teoria del trasferimento di diritti reali immobiliari | pag. 53 |
| 15. La teoria della rinuncia | pag. 55 |
| 16. La teoria della cessione di contratto | pag. 56 |
| 17. La teoria del negozio ad effetti obbligatori | pag. 57 |

Parte IV

ASPETTI PRATICI

18. La perdita della capacità edificatoria del terreno che cede la cubatura	pag. 59
19. Una nuova possibilità di sfruttamento economico per la P.A.	pag. 63
20. L'opponibilità ai terzi	pag. 68
21. Profili fiscali	pag. 75

Capitolo 3

LE ESPERIENZE STRANIERE: FRANCIA E AMERICA DEL NORD

1. I trasferimenti di volumetria in Francia	pag. 80
2. Il Transfert du COS	pag. 83
3. Il Transfert du COS in zone naturali	pag. 87
4. L'esperienza Americana	pag. 88

Considerazioni finali	pag. 91
-----------------------	---------

Capitolo 1

GOVERNO DEL TERRITORIO E IUS AEDIFICANDI

1. Dall'urbanistica al governo del territorio

A livello nazionale l'espressione “governo del territorio” assume una rilevanza normativa, addirittura di rango costituzionale, con la promulgazione della Legge Costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, che ha apportato modifiche al titolo V, parte seconda, della Costituzione.

Tale legge, modificando l'art. 117¹ della Costituzione, ha abolito la voce “*urbanistica*”, già presente nel vecchio testo, e ha inserito, tra le materie di legislazione concorrente, “*il governo del territorio*”.

In sede di prima interpretazione del nuovo testo costituzionale si è avvertita in particolar modo l'esigenza di chiarire il rapporto tra le due espressioni.

Si sono, fin da subito, formulate tre distinte ipotesi:

- 1) che la modifica avesse un mero valore di aggiornamento e adeguamento del linguaggio normativo, indicando le due espressioni un identico ambito materiale;
- 2) che il legislatore costituzionale, sostituendo “*il governo del territorio*” alla “*urbanistica*” avesse dato fondamento ad un allargamento delle competenze legislative regionali, sia pure concorrenti, verso un ambito più largo costituito dal “*governo del territorio*”, che comprenderebbe, comunque, nel suo interno anche la materia dell'urbanistica;
- 3) che con l'espressione “*governo del territorio*” fosse possibile individuare un ambito normativo completamente separato e indipendente rispetto all'urbanistica e, di conseguenza,

¹ Ai sensi del comma 3 dell'art. 117 della Cost. sono materie di legislazione concorrente, quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salvo l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; **governo del territorio**; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

che implicitamente fosse stata assegnata la materia urbanistica alla competenza esclusiva delle Regioni, in quanto materia non espressamente nominata² .

La dottrina, intervenuta sull'argomento prima ancora del formarsi di una giurisprudenza costituzionale, ha elaborato diverse teorie.

Una prima teoria ha sostenuto che proposito del legislatore costituzionale fosse stato di inserire, attraverso l'espressione *governo del territorio*, una materia indipendente e separata dall'urbanistica e dall'edilizia, trasferendo contestualmente e implicitamente urbanistica ed edilizia alla competenza esclusiva delle Regioni.

Questa tesi è stata subito raccolta da alcune Regioni e formulata all'interno di ricorsi proposti alla Corte Costituzionale avverso norme statali in materia urbanistica.

Altra parte della dottrina, fondandosi su un criterio sistematico, ha sostenuto che la nuova espressione “*governo del territorio*” non rappresenterebbe altro che una versione aggiornata della stessa materia denominata “*urbanistica*” nel testo precedente, affermando un significato “*di disciplina avente ad oggetto l'intero territorio indipendentemente dal grado di urbanizzazione*”³.

Le varie ricostruzioni della dottrina si sono trovate comunque concordi nel ritenere che :

- la nozione “*governo del territorio*” abbracciasse un ambito normativo e amministrativo di grandissima ampiezza;

² Criterio residuale di cui al IV comma dell'art. 117 Cost., che recita: “Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.

³ Stella Richter, I principi del diritto urbanistico, Giuffrè, 2002.

- l'espressione potesse atteggiarsi come nozione aperta e potenzialmente comprensiva di ulteriori funzioni, che dovessero in futuro emergere come necessitanti un intervento dei pubblici poteri, sempre comunque collocabili sul territorio.

Alcune sentenze della Corte Costituzionale⁴ intervenute negli anni 2003 – 2005 hanno dato contributi decisivi alla soluzione della problematica interpretativa.

Con la sentenza 25 settembre - 1 ottobre 2003 n. 303 la Corte ha chiarito che:

<< la parola urbanistica non compare nel nuovo testo dell'art. 117 della Cost., ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell'elenco del terzo comma: essa fa parte del "governo del territorio" >>.

Altresì significativa è la sentenza 1-7 ottobre 2003 n. 307 con cui la Corte afferma:

<< l'espressione governo del territorio comprende in linea di principio tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività: tutti ambiti rientranti nella sfera della potestà legislativa concorrente delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 117 della Cost. e, pertanto, caratterizzati dal vincolo del rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato>>.

Successivamente, con la sentenza 10-19 dicembre 2003 n. 362, si è pronunciata positivamente in merito all'appartenenza dell'urbanistica e dell'edilizia all'ambito più ampio e comprensivo del "governo del territorio", e quindi rientranti nella competenza concorrente di Stato e Regioni, statuendo nel seguente modo :

<< anche l'ambito di materia costituito dall'edilizia va ricondotto al governo del territorio, del resto la formula adoperata dal legislatore della revisione costituzionale del 2001 riecheggia significativamente quelle con le quali, nella più recente evoluzione della legislazione ordinaria,

⁴

In www.cortecostituzionale.it.

l'urbanistica e l'edilizia sono state considerate unitariamente (vedi art. 34 del D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80)>>.

Si ricordano, infine, altre due pronunce :

- la sentenza C.C. 24-28 giugno 2004 n. 196 in cui, confermando l'orientamento già espresso in precedenza, si sostiene che:

<< la giurisprudenza di questa Corte ha già chiarito che nei settori dell'urbanistica e dell'edilizia i poteri legislativi regionali sono senz'altro ascrivibili alla nuova competenza di tipo concorrente in tema di "governo del territorio", che ricomprende al suo interno tutto ciò che attiene all'uso del territorio ossia l'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio>>;

- la sentenza C.C. 15-29 luglio 2005 n. 343 in cui si afferma che :

<< la materia edilizia rientra nel governo del territorio, come prima rientrava nell'urbanistica, ed è quindi oggetto di legislazione concorrente per la quale le regioni debbono osservare, ora come allora, i principi fondamentali ricavabili dalla legislazione statale...>>.

A livello regionale, di governo e uso del territorio si occupa per la Calabria la Legge Urbanistica (L.R.C.) 16 aprile 2002 n. 19⁵ e successive modificazioni⁶, che, per l'appunto, disciplina la pianificazione, la tutela e il recupero del territorio regionale, definito come *<<ambito istituzionale di pianificazione>>*, e all'art. 3, comma 2, individua tra gli obiettivi generali cui si informa la pianificazione territoriale ed urbanistica,

⁵4 Pubblicata in data 23/04/2002 sul supplemento straordinario n. 3 al BUR Calabria n. 7 del 16/4/2002.

⁶

L.R. 22 maggio 2002, n. 23, L.R. 26 giugno 2003, n. 8, L.R. 2 marzo 2005 n. 8, L.R. 24 novembre 2006 n. 14, L.R. 11 maggio 2007 n. 9, L.R. 21 agosto 2007 n. 21, L.R. 28 dicembre 2007 n. 29, L.R. 13 giugno 2008, n. 15, L.R. 12 giugno 2009 n. 19, L.R. 13 luglio 2010 n. 15 e L.R. 11 agosto 2010 n. 21.

<<la promozione di un ordinato sviluppo del territorio, dei tessuti urbani e del sistema produttivo>>.

2. Attività edificatoria e jus aedificandi

Da una fase iniziale, in cui la disciplina dell'attività edificatoria, considerata staticamente come jus aedificandi, era affidata alle prescrizioni di piano, si è passati alla “*pianificazione*” della proprietà immobiliare attraverso l'attivazione di una serie di meccanismi giuridici in grado di assicurare che tutti i centri decisionali interessati compiano scelte coerenti con gli obiettivi prefissati.

Come statuito dalla più recente giurisprudenza amministrativa⁷ :

<<lo jus aedificandi è indubbiamente una facoltà compresa nel diritto di proprietà dei suoli, ma non è un diritto assoluto.

Esso sottende un interesse sottoposto a conformazione da parte della legge e della pubblica amministrazione, in funzione di interessi diversi che vengono coinvolti dalla edificazione privata.

Tale operazione di conformazione è effettuata innanzitutto dalla normativa di carattere urbanistico – edilizio, ma essa è destinata ad interagire con altre normative settoriali ed in particolare con la normativa a tutela del paesaggio e dell'ambiente.

Il riconoscimento dello jus aedificandi, operato alla stregua delle previsioni del codice civile e della normativa urbanistico-edilizia di per sé non è dunque sufficiente per la sussistenza e l'esercizio dello stesso, se analogo riconoscimento non derivi da altre normative settoriali.

⁷

TAR Calabria - Catanzaro, sez. I, sent. 08/07/2010 n. 1585, in Diritto & Dintorni, Giurisprudenza Amministrativa e Contabile, n. 3, anno 2011 .

Ne consegue che se la edificazione privata, ancorché conforme alle norme urbanistico – edilizie, è in contrasto con le esigenze di tutela del paesaggio, non può dirsi esistente ed esercitabile uno jus aedificandi>>.

Tradizionalmente, sin dalla legge urbanistica del 17 agosto 1942 n. 1150, la potestà di trasformazione, gestione e tutela del territorio è stata concepita come pianificazione urbanistica cosiddetta “a cascata”.

Spettava, cioè, allo strumento urbanistico generale dettare le prescrizioni programmatiche da attuare, in un secondo momento, con la pianificazione di secondo livello.

Si è ammesso però, fin dall'origine, che il piano regolatore generale potesse contenere prescrizioni immediatamente vincolanti per i proprietari delle singole aree in esso ricomprese, attraverso la potestà di zonizzazione e di localizzazione attribuita all'Amministrazione:

- la prima, tesa a dividere il territorio in aree omogenee e ad imporre mediante la normazione di dettaglio (le cd. norme tecniche di attuazione) sui siti dalla stessa interessati, vincoli urbanistici conformativi, in considerazione della natura dei medesimi;
- la seconda, volta alla costituzione di veri e propri vincoli espropriativi al fine della migliore localizzazione di opere d'interesse pubblico.

La giurisprudenza amministrativa ha, generalmente, sempre ritenuto il potere esercitato dall'Amministrazione in sede di pianificazione urbanistica, come una potestà di natura squisitamente discrezionale, godendo l'ente della massima libertà circa l'individuazione delle scelte ritenute migliori per disciplinare l'uso del proprio

ambito territoriale, anche - ove necessario - mediante la modifica delle proprie precedenti previsioni urbanistiche.

Senza, quindi, il bisogno di una motivazione specifica per tali singole determinazioni, che sono apprezzamenti di merito sottratti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che siano inficate da arbitrarietà, irrazionalità o irragionevolezza ovvero da travisamento dei fatti in relazione alle esigenze che si intendono concretamente soddisfare.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale⁸ le determinazioni emanate con il piano regolatore per disciplinare l'assetto del territorio, hanno un carattere generale e, in parte, anche normativo, con una valenza altresì programmatica.

In tale contesto è da escludere in linea di principio che vi sia la necessità di una motivazione specifica e polverizzata per le singole aree che vengono coinvolte dalla pianificazione, in quanto la giustificazione delle soluzioni adottate è desumibile dai criteri generali seguiti nell'impostazione del piano.

Si richiede, invece, una più approfondita motivazione solo quando emerge il superamento degli standards minimi di attrezzature pubbliche, ovvero nel caso di modifica in zona agricola della destinazione di un'area circoscritta, interclusa completamente da fondi legittimamente edificati.

Lo stesso *jus aedificandi* in materia urbanistico edilizia, come situazione giuridica vantata nei confronti del potere autoritativo dell'ente pubblico, è stato generalmente qualificato dalla giurisprudenza amministrativa⁹ come interesse legittimo, sia con

⁸ Consiglio di Stato, IV Sez., sent. n. 3594 del 30/06/05 e n. 5716 del 14/10/05; Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 24 del 22/12/99, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 luglio 1996 n. 874, in www.giustizia-amministrativa.it.

riferimento al momento delle scelte della pianificazione urbanistica, sia con riferimento alla procedura di rilascio della concessione edilizia, ora permesso di costruire, anche se il suo rilascio si atteggia quale atto dovuto per la P.A., quale risultante di una attività vincolata al riscontro di presupposti predeterminati da fonti primarie o secondarie.

Viceversa, si configura come semplice aspettativa di mero fatto la situazione derivante da una precedente previsione urbanistica che consentiva un utilizzo dell'area in modo più proficuo rispetto alla successiva previsione urbanistica, e si caratterizza per essere cedevole dinanzi alla discrezionalità del potere pubblico di pianificazione urbanistica e per non comportare la necessità di motivazioni ulteriori rispetto a quelle che si possono desumere dai criteri di ordine tecnico-urbanistico seguiti nell'elaborazione progettuale del piano¹⁰.

La L. 6 agosto 1967 n. 765 (c.d. Legge Ponte)¹¹, al fine di regolamentare l'attività edilizia dei privati, ha introdotto gli standards edilizi volti a determinare gli indici inderogabili di densità edilizia, quale espressione del rapporto piano-volumetrico tra la superficie utilizzabile per la costruzione dell'edificio e la volumetria occupabile da quest'ultimo.

Nella previsione legislativa i limiti di densità edilizia sono fissati con riferimento a parametri individuati in rapporto alla superficie edificabile posseduta, agli spazi

¹⁰

TAR, Napoli, sez. I, sent. 20 luglio 2006 n. 7600, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹

La Legge n. 765 del 06/08/1967 “Modifiche ed integrazioni della Legge 1150/42” fu detta “Ponte” perché considerata transitoria nella prospettiva di una riforma generale della materia.

destinati agli insediamenti residenziali e produttivi, alle aree destinate alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi.

La previsione dell'inderogabilità degli indici di densità edilizia, garantendo un più razionale sfruttamento degli spazi costruttivi, si è indirizzata verso primarie esigenze pubblicistiche di tutela della salute degli individui (art. 32 Cost.) e di promozione delle attività economiche (artt. 41 e 44 Cost.), contribuendo a modificare la qualità dell'intervento pubblico nel processo conformativo della proprietà edilizia privata.

Fino alla L. n. 765/1967 lo *jus aedificandi* ha rappresentato una prerogativa del proprietario, sia pure nella misura e con i limiti fissati dagli strumenti urbanistici, e salva in ogni caso la necessità di osservare gli standards legali.

Già prima della legge urbanistica del 1942¹² lo *jus aedificandi* veniva considerato come mera estrinsecazione del generale diritto di proprietà e, come tale, era sottoposto alle stesse garanzie e alla stessa disciplina prevista in linea generale per quest'ultimo.

Secondo questa impostazione il titolare del bene immobile era libero di procedere ad interventi edilizi sul proprio bene, salvo il rispetto di quelle prescrizioni dettate *aliunde* dall'ordinamento, non ispirate a fini strettamente urbanistici, ma dirette al controllo dell'esistenza di determinate condizioni e alla rimozione degli ostacoli posti all'esercizio delle facoltà comprese nel più generale e garantito diritto di proprietà.

Ben presto, il legislatore si è trovato a dover fronteggiare l'aumento della densità abitativa, soprattutto nei grandi centri urbani, oltre a dover garantire esigenze

¹²

Prima della L.U. 17 agosto 1942 n. 1150 la materia dell'edilizia trovava la sua sostanziale disciplina nei regolamenti edilizi comunali, diretti a garantire la sicurezza e l'igiene dell'abitato e da quelle norme (artt. 86-92) relative ai piani regolatori e ai piani di ampliamento contenute nella L. 25 giugno 1865 n. 2359 sulle espropriazioni per pubblica utilità.

sanitarie, igieniche e di sicurezza nonché la necessità di controllare lo sviluppo urbanistico – edilizio delle città.

Con la L. 28/01/1977 n. 10 (c.d. Legge Bucalossi)¹³ viene stabilito chiaramente che ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia “è *subordinata a concessione da parte del sindaco*”.

Il dato veramente nuovo di questa legge, oltre alla previsione del pagamento degli oneri concessori da parte del proprietario – costruttore, è il passaggio dal sistema della licenza a quello della concessione.

Inteso, quindi, come passaggio da un tipo di provvedimento autorizzatorio (che rimuove un limite all'esercizio di un diritto che si ha già) ad uno di tipo concessorio (attributivo di un diritto prima inesistente nel patrimonio dell'istante).

L'entrata in vigore della c.d. Legge Bucalossi (L. 10/77) ha posto il problema relativo alla revisione dei limiti entro i quali potesse trovare esplicazione il diritto di proprietà. Secondo alcuni autori, il fatto di subordinare ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia al provvedimento comunale ha significato che lo *jus aedificandi* non dovesse essere più considerato come attributo fondamentale del diritto di proprietà.

I sostenitori della riserva a favore dello Stato della facoltà di edificare, in seguito a tale legge cominciarono ad affermare che lo *jus aedificandi* fosse scisso dal diritto di proprietà, ritenendo che, proprio perché oggetto di una concessione, esso non

¹³

La legge n. 10/77 (cd. “Bucalossi”) nasce dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 55/1968 la quale aveva sancito in linea di principio che tutti i suoli sono edificabili e che i vincoli devono essere immediatamente indennizzabili.

appartenesse al privato, il quale avrebbe potuto ottenere la concessione edilizia dietro pagamento di un contributo, da considerarsi come corrispettivo per l'uso di un bene pubblico (lo jus aedificandi), in base alle utilità che ne trae il concessionario e alle dimensioni dell'intervento.

Lo jus aedificandi, così ragionando, avrebbe perso la sua caratteristica di essere la naturale esplicazione del diritto di proprietà, per diventare una potestà direttamente attribuita dall'autorità pubblica.

Questa parte della dottrina è giunta, così, ad affermare che lo jus aedificandi non sarebbe più inerente al diritto di proprietà, dato che l'edificabilità delle aree può essere stabilita solo con provvedimento dell'Amministrazione Comunale, sostenendo quindi la natura prettamente concessoria del provvedimento comunale (titolo edilizio).

Una teoria opposta, già allora, sosteneva, invece, che la compressione, posta dalla legislazione all'espandersi dello jus aedificandi, non ne limitasse l'inquadramento come attributo della proprietà. Questa teoria è stata confermata, poi, dalla Corte Costituzionale¹⁴ che, ritenendo l'illegittimità dell'indennizzo rapportato al valore agricolo medio, ha ribadito la sussistenza del diritto ad edificare e il suo contenuto economico, precisando che :

<<le norme che disciplinano il sistema della concessione edilizia non comportano che la relativa facoltà non inerisca più al diritto di proprietà poiché la concessione, al pari della precedente licenza,

¹⁴ Corte Costituzionale sentenza 30/01/1980 n. 5. in Giust. Civ. 1980, I, 279. Con tale sentenza la C.C. dichiara illegittimo il sistema di indennizzo previsto dall'art. 16 della L. 865/1971, modificato dall'art. 14 della L. 10/77. La sentenza giudica il sistema del valore agricolo un indennizzo irrisorio, in contrasto con l'art. 42 della Costituzione e dichiara << doversi garantire un adeguato, congruo, equo ristoro e rispondente al massimo contributo che possa essere corrisposto, nel contemperamento dell'interesse privato con quello pubblico>>.

La sentenza cita anche l'art. 3 della Costituzione (principio di uguaglianza dei cittadini) e specifica che il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà dei suoli.

non è attribuzione di diritti nuovi, ma presuppone facoltà preesistenti, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza>>.

La dottrina prevalente ha riconosciuto, così, una decisa assimilazione del provvedimento, ancora etichettato come concessorio a quelli di natura autorizzatoria e, per di più, alle autorizzazioni, che non presentano alcun connotato di discrezionalità, risolvendosi in un accertamento costitutivo dei presupposti e dei requisiti richiesti da leggi e regolamenti in materia urbanistico - edilizia nonché igienico - sanitaria, per l'esercizio dello *jus aedificandi*, in funzione abilitativa dello stesso.¹⁵

L'impostazione non è cambiata con l'entrata in vigore del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (T.U. dell'Edilizia), che non modifica la struttura dell'istituto autorizzatorio, cambiando solo il nome del provvedimento, denominato ora permesso di costruire¹⁶, e definito da autorevole giurista¹⁷ quale <<atto di assenso fondamentale per una legittima attività edilizia>>.

Il dibattito sulla natura dello *jus aedificandi* ha portato la maggior parte degli autori a concludere che lo stesso debba essere considerato come una facoltà connessa al diritto di proprietà del suolo e non come un diritto reale scindibile dalla stessa.

¹⁵ Galli, Corso di diritto amministrativo, 1996.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 380/2001 costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire:
a) gli interventi di nuova costruzione; b) gli interventi di ristrutturazione urbanistica;
c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso.

¹⁷ Carmine Volpe, Consigliere di Stato.

Una volta accertata l'inerenza dello jus aedificandi al diritto di proprietà del suolo, si tratta di analizzare i limiti e le modalità di attuazione della facoltà in parola.

In una concezione moderna della pianificazione urbanistica l'interesse pubblico ad un razionale sfruttamento edilizio del territorio viene generalmente soddisfatto attraverso la fissazione di indici di edificabilità per zone omogenee. In base a tali indici e in relazione all'estensione del territorio di sua proprietà, il privato può calcolare la volumetria da lui edificabile.

I Piani regolatori generali ¹⁸ assolvono proprio a tali funzioni specificando, oltre a dette previsioni, i tipi di edilizia realizzabili e le percentuali di servizi e attrezzature necessari per ogni zona.

Una volta stabiliti in tal modo i parametri di carattere generale, spetta poi al Comune esercitare un controllo preventivo di conformità dei progetti presentati dai privati, che, in caso di esito positivo, si conclude con il rilascio del permesso di costruire.

¹⁸

Oggi chiamati Piani Strutturali dalla Legge Urbanistica della Regione Calabria n. 19/02. In particolare ai sensi dell'art. 19 della L.R 19/02 gli strumenti di pianificazione comunale sono :

a) il Piano Strutturale (PSC) ed il Regolamento edilizio ed Urbanistico (REU);
b) il Piano Operativo Temporale (POT);
c) i Piani Attuativi Unitari (PAU);
d) gli Strumenti di pianificazione negoziata di cui all'art. 32 (ovvero i programmi di recupero urbano e i programmi integrati d'intervento).

Ai sensi dell'art. 20 della L.R. 19/02 il Piano strutturale comunale definisce le strategie per il governo dell'intero territorio comunale, in coerenza con gli obiettivi e gli indirizzi urbanistici della Regione e con gli strumenti di pianificazione provinciale espressi dal Quadro Territoriale Regionale (QTR), dal Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale (PTCP) e dal piano di Assetto Idrogeologico (PAI). In particolare il PSC classifica il territorio comunale in urbanizzato, urbanizzabile, agricolo e forestale, definisce i limiti dello sviluppo del territorio comunale in funzione delle sue caratteristiche geomorfologiche, idrogeologiche, ambientali ecc; disciplina l'uso del territorio; delimita gli ambiti urbani e periurbani; individua gli ambiti destinati all'insediamento di impianti produttivi; individua gli ambiti di tutela del verde urbano e perturbano; delimita e disciplina ambiti a valenza paesaggistica ed ambientale; delimita e disciplina gli ambiti di tutela e conservazione delle porzioni storiche del territorio; individua le aree necessarie per il Piano di protezione Civile, ecc.

La P.A. può delegare all'iniziativa privata un potere di autoregolamento, anche in sede di pianificazione generale, come nel caso di adesione da parte dell'Ente pubblico territoriale alle c.d. convenzioni di lottizzazione¹⁹, nonché in quello della cessione di cubatura, laddove il Comune rende possibile a singoli proprietari di aree ricadenti nello stesso piano di zona di concentrare solo in alcune di esse la volumetria realizzabile in base agli indici di edificabilità. Generalmente simili accordi vengono considerati leciti, anche quando non sono previsti dagli strumenti urbanistici, a meno che non vi ostino espressamente particolari disposizioni contenute nei piani attuativi.

La suddetta ammissibilità trova tra l'altro la sua giustificazione sulla semplice constatazione che, nel caso in cui il proprietario di un terreno costruisca sullo stesso, ma non per l'intera superficie, un edificio che viene ad esaurire l'intera volumetria realizzabile in base all'estensione del terreno e, dopo, venga la porzione di terreno non interessata dalla costruzione, quest'ultima avrà ormai definitivamente perso ogni potenzialità edificatoria a meno che con lo strumento urbanistico non venga modificato l'indice di edificabilità dell'intera zona.

Nella stessa direzione si muove la cessione di cubatura che permette al proprietario, che non abbia intenzione di edificare sul suo fondo, di cedere la volumetria in astratto realizzabile al proprietario di un altro fondo, che voglia edificare per una volumetria maggiore di quella spettategli, senza gravare i proprietari dell'onere di concludere un contratto di trasferimento del fondo su cui insisterà la costruzione.

19

T. Galletto, Le convenzioni urbanistiche in Nuova Giur. Civ. Comm. 1989, II, 117.

In questo caso, l'interesse perseguito dai privati è senza dubbio meritevole di tutela, dal momento che la maggiore volumetria di cui viene a godere il cessionario viene a trovare la sua giustificazione nella corrispondente diminuzione della volumetria realizzabile in un altro fondo, mantenendo inalterato l'indice di densità edilizia stabilito dal piano regolatore per quella zona determinata.

A grandi linee possiamo dire che la volumetria può essere ceduta sempre che :

- ✓ non sia stata già utilizzata;
- ✓ la cessione non sia espressamente vietata dal piano particolareggiato;
- ✓ i fondi interessati ricadano nella stessa zona del piano regolatore;
- ✓ ci sia il consenso del Comune, manifestato attraverso il rilascio della concessione maggiorata.

La mancanza di una espressa qualificazione giuridica oltre che di una apposita disciplina normativa dell'istituto in questione, ha dato origine alla elaborazione di svariate ricostruzioni teoriche da parte della dottrina e della giurisprudenza, che saranno oggetto di disamina nelle pagine successive.

Di recente, con il D.L. 13 maggio 2011 n. 70²⁰ "Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia", di cui tratteremo occupandoci dello specifico problema dell'opponibilità ai terzi, il legislatore ha preso coscienza della diffusione nella prassi della cessione di cubatura, inserendo nell'elenco degli atti soggetti a trascrizione, contenuto nell'art. 2643 c.c., anche << *i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati*>>, e prevedendo, inoltre, come misura di

²⁰ Pubblicato sulla G.U. del 13 maggio 2011 n. 110 ed entrato in vigore in data 14 maggio 2011, convertito, con modificazioni, nella Legge 12/07/2011 n. 106.

liberalizzazione delle costruzioni private, <<la tipizzazione dello schema contrattuale della cessione di cubatura>>.

La Legge di conversione (L. 106/11) ha poi aggiunto nell'elenco degli atti soggetti a trascrizione anche i **contratti che costituiscono o modificano i diritti edificatori**.

Non si tratta ancora di una disciplina normativa dettagliata e completa della cessione di cubatura, ma, sicuramente, siamo in presenza di una prima presa di coscienza da parte del legislatore di un fenomeno che, ormai da tempo, ha ampia diffusione tra i proprietari di aree edificabili.

Capitolo 2

I TRASFERIMENTI DI CUBATURA

Parte I

1. Inquadramento generale

La Legislazione urbanistica, a partire dalla L. 06/08/1967 n. 765 fino ad oggi, ha favorito la diffusione, tra proprietari di aree edificabili, della prassi della cessione di cubatura o, più propriamente detta, del trasferimento di cubatura.

Con questa espressione si fa riferimento al fenomeno per cui il proprietario di un'area edificabile trasferisce, generalmente dietro corrispettivo, al proprietario di un altro fondo vicino, situato nella stessa zona urbanistica, in tutto o in parte, la volumetria potenzialmente suscettibile di edificazione sul proprio fondo, rendendolo

così, in tutto o in parte, inedificabile, cosicché al termine dell'operazione il proprietario cessionario potrà edificare sfruttando la cubatura acquisita in aggiunta a quella naturalmente espressa dal proprio fondo.

La cessione di cubatura viene definita invece concentrazione volumetrica quando cedente e cessionario sono lo stesso soggetto.

Il che si ha quando un unico proprietario di più aree contigue intende realizzare una costruzione su una soltanto di queste e sfrutta a tal fine la cubatura di pertinenza delle altre particelle.²¹

In questo caso non si realizza alcun accordo e l'inedificabilità dei terreni, spogliati della cubatura, discende *ipso facto* senza che sia necessario un atto apposito.

Anche se la pratica risulti abbastanza diffusa, l'inquadramento, giuridico e fiscale, della cessione di cubatura è ancora non del tutto concorde.

Le difficoltà d'inquadramento possono essere ricondotte sostanzialmente ai seguenti fattori:

- 1) l'assoluta lacuna legislativa al riguardo;
- 2) l'intrecciarsi di norme privatistiche con norme amministrative;
- 3) il fatto che la disciplina, anche se avallata dall'autorità amministrativa per il perseguitamento di fini di razionalizzazione e riqualificazione urbanistica, sia nata sostanzialmente da una prassi di origine notarile.

²¹ Il Consiglio di Stato ha operato una distinzione per il caso in cui le aree interessate alla concentrazione di volumetria appartengano al medesimo proprietario o a proprietari diversi.

Nel primo caso il vincolo di inedificabilità sull'area "accorpata" sorge ope legis per il solo fatto che la volumetria è già stata trasformata in edificato non occorrendo alcun atto negoziale di tipo privatistico.

Nel secondo caso, invece, il vincolo d'inedificabilità presuppone e richiede un accordo negoziale tra i proprietari. (in tal senso Cons. di Stato sez. V, sent. 20 novembre 1970 n. 925, in Foro Amm. 1970, I, 2, 1226).

In definitiva si può dire che con il termine cessione o trasferimento di cubatura si indichi più che altro un risultato finale, relativamente al quale rimane da verificare quale sia la più corretta qualificazione giuridica.

2. Standards edilizi: riflessi sull'origine dell'istituto

Abbiamo già accennato come la novità principale introdotta dalla Legge Ponte (L. n. 765/67) sia stata proprio l'introduzione degli standards edilizi, volti a stabilire gli indici inderogabili di densità edilizia quale espressione del rapporto planovolumetrico tra la superficie utilizzabile per la costruzione dell'edificio e la volumetria occupabile da quest'ultimo.

A sua volta il Decreto Interministeriale 02/04/1968 n. 1444²² ha fissato gli standards di edificabilità delle aree, distinguendo la densità edilizia in densità territoriale e densità fondiaria.

²² Il Decreto Interministeriale n 1444 del 2 aprile 1968 introduce nella normativa italiana due concetti fondamentali:

- Lo standard urbanistico, vale a dire la quantità minima di superficie territoriale, espressa in mq per ciascun abitante, insediato o insediabile in un determinato territorio, da destinare a spazi pubblici.
- Lo standard edilizio o abitativo, che esprime un concetto più articolato del precedente che attiene alla qualità degli edifici residenziali, soprattutto quelli di nuova costruzione. E' il risultato dell'applicazione di una serie di prescrizioni che lo influenzano sia direttamente che indirettamente, quali i limiti di densità edilizia (art. 7), la quantità minima di volume edilizio da destinare a ciascun abitante (ultimo comma dell'art. 3), i limiti di distanza tra i fabbricati (art. 9).

La densità territoriale indica la quantità massima di volumi realizzabili entro una determinata zona territoriale omogenea e viene espressa con un valore percentuale che rappresenta il rapporto massimo consentito tra metri cubi edificabili e metri quadrati della superficie di una determinata zona del territorio comunale.

Invece, la densità fondiaria esprime il rapporto massimo consentito tra metri cubi edificabili e metri quadrati dell'area o lotto su cui va ad insistere la costruzione.

Di conseguenza, se la densità fondiaria definisce il volume massimo consentito su un lotto, per cui il relativo indice va applicato all'effettiva superficie suscettibile di edificazione, con esclusione delle aree destinate ad uso pubblico, quella territoriale riguarda una intera zona, per cui il relativo indice è rapportato all'intera superficie della stessa zona, compresi gli spazi pubblici, quelli destinati alla viabilità e simili.

Ai sensi degli artt. 42 della Cost. e 832 del c.c. il diritto di proprietà è riconosciuto e garantito dalla legge che ne limita l'esercizio solo al fine di assicurare la funzione sociale.

Tra tali limitazioni vi sono per l'appunto quelle attinenti ai c.d. standards urbanistici, che fissano il rapporto tra la superficie dell'area interessata dall'intervento edilizio e il volume dell'erigendo fabbricato.

Questi standards, essendo posti a garanzia dell'interesse pubblico, sono inderogabili.

E' stata proprio l'introduzione degli standards di edificabilità ad opera della c.d. Legge Ponte ad aver favorito la nascita e la diffusione tra i proprietari di aree edificabili della cessione di cubatura.

La genesi del fenomeno è legata alla circostanza che, sicuramente, l'incremento della volumetria di un suolo edificabile può considerarsi un valore economico rilevante e, come tale, possibile oggetto di commercio e di negoziazione autonoma tra i privati, per cui la cubatura edificabile, proprio perché bene in grado di soddisfare esigenze abitative e anche lucrative, è diventata patrimonialmente valutabile.

La possibilità di stipulare convenzioni in materia di trasferimento di cubatura è stata talora disciplinata nelle leggi regionali²³ o negli strumenti urbanistici²⁴, ma è opinione corrente, affermata anche dalla giurisprudenza, che ad essa possa farsi ricorso pure in assenza di un espresso riconoscimento da parte di fonti normative.²⁵

3. Requisiti: omogeneità urbanistica dell'area e contiguità dei fondi

²³ Art. 1 L.R. Veneto n. 58/78; art. 2 L.R. Lombardia n. 93/80.

²⁴

Il P.R.G. del Comune di Torino, che sottoponeva tale trasferimento ad autorizzazione comunale e stabiliva come presupposto l'esistenza di un piano particolareggiato o di un piano di lottizzazione già efficace. In particolare l'art. 6 delle norme di attuazione del P.R.G. in parola prevedeva che “poiché la densità fissata per ciascuna zona costituisce una misura media” la cubatura spettante ad un'area può essere utilizzata anche su altri suoli, purchè vi sia l'accordo tra i proprietari seguito dal consenso del Comune.

Anche il P.R.G. del Comune di La Spezia faceva un'esplicito riferimento ai trasferimenti di cubatura e all'art. 20 ne subordinava l'ammissibilità alla esistenza di determinati presupposti: la contiguità delle aree e la loro ubicazione nella stessa zona.

Viceversa contenevano solo un implicito accenno alla cessione di cubatura i P.R.G. del Comune di Firenze e del Comune di Lucca. Il primo agli artt. 15 e 23 prevedeva per i proprietari privati, da soli o riuniti in consorzio, la possibilità di redigere progetti redatti secondo “criteri di concentramento edilizio”, il secondo all'art. 24 rendeva possibile ai privati, nell'ipotesi in cui ci sia edificazione tramite compatti, di proporre una variazione alla suddivisione in lotti prevista dal piano esecutivo.

²⁵

C.d.S. sez. V, sent. 26 novembre 1994 n. 1382, in Cons. St., 1994, I, che così statuisce “ In base all'art. 4 della legge 28 gennaio 1977 n. 10 (e fatte salve le disposizioni delle leggi regionali e dei piani urbanistici) si può ammettere che il proprietario di un'area trasferisca ad altri la propria posizione legittimante, sulla base di un contratto conforme alle leggi civili; pertanto, in base al principio dell'autonomia negoziale, ben può un proprietario trasferire ad un altro l'utilizzabilità edificatoria del proprio fondo, consentendo che essa possa essere sommata a quella del fondo dell'acquirente, di tale facoltà e tale contratto di asservimento ben può costituire il presupposto del rilascio di una concessione edilizia che tenga conto anche della potenzialità edificatoria del fondo asservito, il quale ovviamente non può essere più considerato edificabile, proprio perché tale potenzialità è già stata utilizzata e trasferita al titolare del fondo in cui favore ha avuto luogo l'asservimento”.

In passato erano emersi molti dubbi in merito alla liceità del negozio di cessione di cubatura, dato che di fatto era capace di modificare i limiti di edificabilità posti dalla legge e dagli strumenti urbanistici aventi natura pubblicistica e, in quanto tali, non derogabili pattiziamente.

Per superare tali incertezze è stato obiettato che l'indice di densità edilizia viene determinato zona per zona e non per singole aree, per cui il limite di edificabilità può risultare ugualmente rispettato anche nell'ipotesi di cessione di cubatura, purché il rapporto volume/superficie della zona interessata rimanga quello stabilito dalla legge .

Tuttavia, al fine di mantenere nell'alveo della liceità il negozio, la dottrina ha poi individuato una serie di limitazioni all'ambito di operatività del contratto di cessione di cubatura, per cui si è ritenuto che i terreni, oggetto della cessione, debbano:

- 1)** avere la medesima destinazione urbanistica;
- 2)** essere all'interno della stessa zona;
- 3)** essere vicini, non nel senso necessariamente di confinanti, ma almeno collegati

tra loro, in modo da formare un unico lotto in senso fisico e funzionale.

La legittimità della cessione di cubatura, ai fini dello sfruttamento della cubatura ceduta in un progetto edilizio da parte dell'acquirente, nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa prevalente, è legata fondamentalmente a due condizioni indispensabili:

- 1) l'omogeneità urbanistica dell'area territoriale entro la quale devono trovarsi il terreno cedente e il terreno ricevente la cubatura, oggetto del contratto;

2) la contiguità dei fondi.²⁶

In particolare, è proprio l'omogeneità urbanistica dell'area territoriale ad essere considerata dalla giurisprudenza amministrativa il “*fondamento della cessione di cubatura*”.

Infatti, i giudici amministrativi hanno affermato che:

<< Il trasferimento di cubatura dall'una all'altra area ha come fondamento l'omogeneità urbanistica delle aree, che rispettivamente perdono e acquistano volumetria, di tal ché le stesse aree possono considerarsi come comparto unitario.

A tal fine è necessario quindi che le stesse aree siano se non contigue, almeno significativamente vicine non potendosi accumunare sotto un regime urbanistico unitario aree ricadenti in zone urbanisticamente non omogenee²⁷>>.

Sul punto si ricorda ancora la pronuncia²⁸ a tenore della quale:

<<Giammai potrebbe essere consentita la cessione di cubatura per fondi di proprietà di un medesimo soggetto, ma situati in zone omogenee diverse, in quanto in tal modo si verrebbero a violare gli standards previsti per una determinata zona ad esclusivo vantaggio del proprietario che, così potrebbe realizzare costruzioni anche in violazioni di essi.

Infatti la facoltà di costruire sul proprio fondo, anche in virtù di un c.d. trasferimento di volumetria, si esercita entro i limiti stabiliti dalle norme e dagli strumenti urbanistici che ne precisano

²⁶ TAR Sicilia – Catania, Sez. I, sent. 12 ottobre 2010 n. 4113, in Corriere Merito, 2010, 12, 1223; T.A.R. Piemonte sent. 10 luglio 1974 n. 52, in Foro Amm., 1974, I, 2, 861; T.A.R. Lazio sent. 22 novembre 1978 n. 917, in Foro Amm., 1979, I, 1, 151

²⁷ TAR Campania- Napoli, sez. VIII, sent. 15 maggio 2008 n. 4549, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸

TAR Toscana - Firenze, sez. I, sent. 16 novembre 2006 n. 5592, in Massima redazionale, 2006.

l'ampiezza secondo un determinato rapporto area-volume, essendo interesse precipuo dell'amministrazione la verifica del rispetto del rapporto tra superficie edificabile e volumi realizzabili nell'area di riferimento.

Pertanto, l'eventuale trasferimento di volumetria da un'area ad un'altra area contigua influisce sulla disciplina urbanistica ed edilizia della stessa e deve essere inserito dal Comune nel certificato di destinazione urbanistica a tutela dell'affidamento dei terzi sotto sua diretta responsabilità>>.

Riepilogando:

- Il primo requisito è volto ad assicurare che non si stravolgano le previsioni di piano, che sono legate alla rilevazione della volumetria esistente, in modo da determinare, secondo gli standards del D.M. n. 1444/1968 a quale tipologia di comparto edificabile appartiene l'area. Se fosse ammessa la cessione di cubatura tra fondi aventi qualificazione urbanistica di ZTO differenti, si otterebbe che l'indice di densità territoriale potrebbe essere alterato o superato nei limiti massimi.
- Il secondo requisito non è inteso come condizione fisica, ossia come contiguità territoriale, ma giuridica e viene a mancare quando tra i fondi sussistano una o più aree aventi destinazioni urbanistiche incompatibili con l'edificazione.

In altri termini è necessario che le stesse aree siano se non contigue almeno significativamente vicine.

In definitiva 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.

Facendo applicazione di questi principi i giudici amministrativi hanno ritenuto rispettato il requisito della vicinanza con riferimento anche a fondi distanti fra loro fino a quaranta metri lineari.

Parte II

PRINCIPALI PROBLEMATICHE

L'istituto della cessione di cubatura, non essendo espressamente previsto da alcuna disposizione di legge, presenta due principali ordini di problemi:

- 1) in quali tipi negoziali possa essere formalizzato il negozio relativo;
- 2) se tale negozio sia ad effetti obbligatori o reali, e, in questo caso, quale sia il momento della produzione degli stessi, anche in ordine al problema della trascrivibilità.

Queste problematiche sono strettamente legate al ruolo che si vuole attribuire all'intervento della P.A. nella formazione del negozio.

E' proprio la necessaria attività della P.A. ad essere principalmente di ostacolo all'inquadramento della cessione di cubatura tra le categorie negoziali di diritto privato tipiche.

4. Tipi negoziali ritenuti ammissibili

La giurisprudenza, civile e amministrativa, intervenuta sull'argomento, volta per volta, ha ritenuto ammissibili per attuare il trasferimento di cubatura i seguenti tipi negoziali:

a) Un vero e proprio contratto di cessione, concluso a titolo oneroso o gratuito tra i proprietari, e successivamente presentato al Comune congiuntamente all'istanza del proprietario dell'area che vuole costruire in eccedenza alla volumetria consentita (cessionario), volta all'ottenimento della concessione edilizia, oggi permesso di costruire.

b) Una convenzione con cui il cedente si obbliga verso il cessionario ad intervenire nei confronti del Comune per rinunciare alla propria volumetria.

In questo caso affinché possa realizzarsi il trasferimento di cubatura occorrerà poi l'effettivo atto di rinuncia manifestato al Comune e il rilascio della concessione maggiorata da parte del Comune.

c) Una rinuncia espressa direttamente al Comune, che non discenda da un preventivo impegno, o derivante da un impegno non formalizzato.

Ammessa tale figura la rinuncia dovrebbe poi essere inserita in un atto unilaterale indirizzato al Comune.

Le decisioni giurisprudenziali che hanno elaborato lo schema della rinuncia ne hanno previsto varie forme di esplicazione implicita:

1) attraverso la presentazione congiunta dell'istanza di rilascio della concessione maggiorata, sottoscritta e intestata ad entrambi i proprietari, cedente e cessionario;

2) attraverso la semplice sottoscrizione da parte del cedente della stessa istanza presentata dal cessionario, che avrebbe valore di controfirma e che potrebbe essere apposta²⁹ esclusivamente sulle planimetrie a corredo dell'istanza;

3) attraverso la ratifica da parte del cedente della concessione maggiorata rilasciata al concessionario. In questo caso però, si sottolinea, che la concessione dovrebbe essere rilasciata sotto la condizione sospensiva della successiva ratifica .

Altra questione molto controversa è quella della necessità o meno della forma scritta per il negozio di cessione di cubatura.

Ad avviso della giurisprudenza civile più recente³⁰ l'accordo preliminare diretto alla cessione di cubatura con cui una parte (il proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinchè la cubatura (o parte di essa) che, in base agli strumenti urbanistici, gli compete venga attribuita dalla P.A. al proprietario del fondo vicino (cessionario) compreso nella medesima zona urbanistica non richiede la forma scritta ad substantiam dovendosene escludere la natura di contratto traslativo di un diritto reale.

Per cui, ad avviso di tale parte della giurisprudenza, per ricostruire la comune volontà delle parti in relazione all'individuazione del fondo del cessionario, destinatario

²⁹ Corte di Cassazione sent. 29 giugno 1981 n. 4245 in Giur. It. 1982, I, 1,685 che afferma: “L'adesione del proprietario del fondo contiguo è determinante nella fattispecie di diritto pubblico. Essa può concettualmente enuclearsi con l'inquadramento nella categoria degli atti di diritto pubblico dei privati, connessi all'esplicazione di una potestà pubblica. Ed opera indipendentemente dalla circostanza che tra le parti private, ne sia stato previamente imposto l'obbligo con la stipulazione di un contratto, oneroso o gratuito, i cui effetti prodromici sono indifferenti alla P.A.” ed ancora: “L'adesione del proprietario cedente al progetto del vicino può essere rappresentata da un preventivo impegno alla rinuncia seguito dall'effettiva rinuncia”.

³⁰ Corte di Cassazione sent. 24 settembre 2009 n. 20623 in Giur. It., 2010, 3, 549 e in Nuova Giur. Civ., 2010, 4, 322.

dell'aumento di volumetria, può farsi riferimento al comportamento complessivo dei contraenti in sede esecutiva, successivamente alla stipulazione dell'accordo.

Nella specie la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che, nel riconoscere la sussistenza del requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto, aveva dato rilievo alla intervenuta presentazione alla P.A. da parte del cedente di un atto unilaterale di asservimento e di vincolo, contenente gli estremi identificativi del terreno del vicino, mancanti del documento iniziale recante l'accordo preliminare, ed aveva ritenuto che il cessionario, con il successivo pagamento della concordata rata del prezzo, avesse prestato adesione per *facta concludentia* a tale individuazione.

La giurisprudenza amministrativa³¹, in maniera più specifica, ha ritenuto che per la cessione di cubatura, al fine di ottenere il rilascio della concessione edilizia relativa ad una costruzione che rispetti il rapporto area-volume, non è necessario un particolare atto negoziale, essendo invece sufficiente l'adesione del cedente, che può venire manifestata in uno dei tre modi seguenti:

- ❖ sottoscrivendo l'istanza del cessionario e/o il progetto da esso presentato;
- ❖ rinunciando alla propria cubatura a favore del cessionario;
- ❖ oppure notificando tale volontà al Comune.

Pertanto, ad avviso di una parte della giurisprudenza, la cessione di cubatura non necessita di un atto negoziale, ad effetti obbligatori o reali che sia, essendo sufficiente l'adesione del cedente, anche attraverso la semplice sottoscrizione dell'istanza volta all'ottenimento del permesso di costruire o del progetto del cessionario.

³¹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 28 giugno 2000 n. 3637, in Giur. Bollettino di legislazione tecnica, 2000, 519.

Il fatto che la giurisprudenza abbia, di volta in volta, ritenuto ammissibili per realizzare la cessione di cubatura svariate modalità operative, se da un lato ha ribadito la centralità del ruolo del Comune per la validità o efficacia del trasferimento, dall'altro ha dato lo spunto per l'elaborazione di svariate ricostruzioni teoriche da parte della dottrina.

5. La tesi della realtà e la tesi della obbligatorietà

A seconda del momento di produzione degli effetti, la cessione di cubatura è stata ricondotta all'interno di due differenti tesi, quella della realtà e quella dell'obbligatorietà, elaborate sulla scorta di altrettanti orientamenti della Corte di Cassazione^{32 33}.

Per la tesi della realtà l'effetto traslativo della cessione di cubatura deve essere ricondotto direttamente all'accordo tra i privati.

³² Corte Cass. sentenza n. 2743/1973, in Foro It. 1974, I, 92, :<< *pattuizioni siffatte si atteggiano, rispetto ai terreni che ne sono colpiti, a permanente 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 della servitù*>>.

³³

Corte di Cass. S.U. sentenza n. 4285/1981, in Giur. It. 1982, I, 685, :<< *l'accordo si pone all'interno di un procedimento amministrativo del quale costituisce un coelemento: fattispecie complessa nella quale l'adesione del proprietario cedente (sotto forma di rinuncia preventiva o di ratifica successiva e senza necessità di apposito atto negoziale privato) ad utilizzare per sé la cubatura mancante al cessionario, costituisce, se la costruzione sia stata poi autorizzata ed eseguita alle condizioni prescritte, il presupposto necessario al sorgere ope legis del vincolo di inedificabilità o di ridotta edificabilità del fondo cedente*>>.

Essa si caratterizza per il fatto di conferire autonomo rilievo all'accordo concluso tra i privati, che non rappresenta solo un “*coelemento*” del procedimento amministrativo, ma prescinde dal successivo provvedimento di concessione, costituendo sull'area un diritto di servitù di non edificare a favore del proprietario dell'area vicina.

La tesi dell'obbligatorietà, viceversa, ricollega l'efficacia del trasferimento di cubatura al provvedimento amministrativo di concessione edilizia e non all'accordo tra i privati dei fondi contigui, fino ad affermare che la concessione edilizia sia un vero e proprio elemento di perfezionamento dell'intera procedura, e non soltanto di efficacia.

Tra le parti non verrebbe stipulato un contratto traslativo e la manifestazione di volontà del privato proprietario, senz'altro necessaria all'ottenimento del provvedimento, avrebbe come destinatario immediato la P.A. e non la controparte privata.

Pertanto, la cessione di cubatura costituirebbe il segmento di una fattispecie complessa in cui l'atto di asservimento tra i privati, pur essendo un presupposto, non ne è il momento costitutivo, rappresentato invece dal provvedimento discrezionale del Comune.

L'oscillante contrapposizione delle due tesi appare superata in qualche modo dalla pronuncia della Cassazione n. 6807/88 in cui si afferma:

<< ha scarso rilievo, accertare se l'effetto traslativo abbia luogo direttamente in dipendenza della rinuncia allo sfruttamento edilizio e della cessione di cubatura o invece, in conseguenza della disciplina complessa nella quale la rinuncia preventiva alla cubatura, o l'assenso a che questa sia utilizzata dal concessionario, fungono solo da presupposto perché l'autorità preposta al rilascio della

concessione edilizia possa autorizzare il cessionario a costruire con la più ampia volumetria che egli ha acquistato per effetto di un provvedimento che incrementa in concreto l'edificabilità di un suolo di quanto priva il limitrofo. >> .

In definitiva quando, senza cedere il suolo, cui inerisce una determinata volumetria, il proprietario rinuncia a sfruttare per sé tale volumetria, in favore di altro proprietario, che intende costruire per una volumetria maggiore, non c'è dubbio che l'utilitas, dopo il rilascio della concessione maggiorata risulterà trasferita dall'uno all'altro proprietario e il diritto dell'uno risulterà ampliato di quanto l'altro sarà ridotto.

Ciò è sufficiente ad avviso della Corte per evidenziare la realtà del diritto trasferito e il carattere negoziale dell'atto che le parti hanno posto in essere .

La tesi della realtà costruisce il contratto di cessione di cubatura come contratto atipico ad effetti reali e la volumetria come diritto reale atipico.

Tale tesi ritiene superato il tradizionale principio del *numerus clausus* dei diritti reali oltre che inconciliabile con il principio dell'autonomia privata sancita dall'art. 1322 c.c. II comma che in tal modo verrebbe ad essere fortemente limitata.

Per tali autori riconoscere natura reale alle sole figure positivamente previste equivarrebbe a sacrificare rapporti nuovi riconosciuti validi in base alle esigenze che li hanno generati.

Bisogna considerare che nel nostro ordinamento la creazione di diritti reali su beni immobili deve essere accompagnata da un regime di pubblicità che ne renda possibile la circolazione. Ogni atto di trasferimento della proprietà immobiliare e di estinzione

di diritti reali relativi a beni immobili deve essere reso pubblico con la trascrizione nei registri immobiliari.

Così facendo le situazioni reali, già di per sé stesse dotate di opponibilità erga omnes, divengono efficaci nei confronti di tutti i terzi e tutti i soggetti dell'ordinamento sono messi in condizione di conoscere, attraverso i registri immobiliari, le vicende giuridiche relative ai beni immobili.

Questo sistema, che esige che gli atti da trascrivere siano limitati e inquadrabili in caselle predeterminate dal legislatore, si oppone alla creazione di nuove figure reali ad opera dell'autonomia privata.

Il vero ostacolo all'apertura del numero chiuso dei diritti reali e, quindi, al superamento del tradizionale principio del numero chiuso dei diritti reali, è da ricondursi proprio in questa motivazione di carattere tecnico organizzativa, legata al sistema di trascrizione nei pubblici registri immobiliari.

La dottrina parla comunemente, con riferimento al tema della trascrizione, di tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 2643 del c.c.

Questa tassatività, ad avviso della dottrina moderna, non attiene tanto agli atti da rendere pubblici, quanto agli effetti o ai mutamenti giuridici ad essi relativi.

Per cui, ogni diversa trascrizione, anche di un diritto reale atipico che, in ipotesi, fosse effettuata dal Conservatore, non avrebbe l'efficacia giuridica di cui all'art. 2644 del c.c.

Ad ogni modo, nel caso della cessione di cubatura bisogna distinguere l'effetto urbanistico dagli effetti civilistici derivanti dall'accordo.

In altre parole, la nuova conformazione delle proprietà immobiliari, che avviene attraverso la redistribuzione della volumetria complessiva della zona, è semplicemente un effetto urbanistico di natura pubblicistica.

Il rilascio dell'autorizzazione comunale è subordinato alla condizione che l'edificabilità complessiva della zona, che si può realizzare in base alle disposizioni urbanistiche, venga rispettata ed impone una modifica delle aree dei privati quanto alla loro rispettiva volumetria.

Ma ciò, non è l'effetto reale derivante dall'accordo intervenuto tra cedente e cessionario, quanti piuttosto l'effetto urbanistico derivante dall'intera operazione.

Queste considerazioni portano una parte della dottrina a ritenere impossibile qualificare come contratto ad effetti reali la cessione di cubatura, riconducendolo piuttosto nella categoria dei contratti ad effetti obbligatori.

6. L'oggetto del contratto

Una volta qualificato come contratto atipico ad effetti obbligatori l'accordo negoziale tra cedente e cessionario, si tratta di vedere quale ne sia l'oggetto.

Com'è noto, la dottrina, nell'affrontare in generale il tema dell'oggetto del contratto, non è mai pervenuta ad una nozione unitaria.

Si è detto, pertanto, che l'oggetto è il bene inteso come entità reale ³⁴, ovvero l'interesse regolato³⁵, la prestazione ³⁶, l'obbligazione ³⁷ o, ancora, l'oggetto-contenuto³⁸ del contratto.

Il primo orientamento, più tradizionale, identificava l'oggetto del contratto con la cosa o il bene.

Ma all'interno di tale dottrina si è andata sviluppando la teoria in base alla quale, più correttamente, si dovesse parlare di un oggetto non inteso solo come bene, ma anche come utilità o relazioni <<che cadono sotto il volere delle parti>>.³⁹

Ad intendere l'oggetto del contratto come bene in un senso esclusivamente materiale non si potrebbero giustificare tutte quelle ipotesi contrattuali in cui l'attività negoziale è rivolta, anziché a cose, a diritti o a rapporti.

Altra dottrina ha identificato l'oggetto del contratto nella prestazione.

Tuttavia, ad essa si è obiettato che non è possibile ragionare in siffatto modo, perché il legislatore ha definito la prestazione come l'oggetto dell'obbligazione, per cui questa non potrebbe anche essere l'oggetto del contratto.

Una prima concezione di oggetto – prestazione si riferiva al comportamento dovuto e, in sostanza, alle obbligazioni assunte dai contraenti.

³⁴ A. Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, 1973, il quale identifica l'oggetto della compravendita nella cosa o nel prezzo.

³⁵

Aurelio Candian, Nozioni istituzionali di diritto privato, Milano 1969.

³⁶

P. Trimarchi, Istituzioni di diritto privato, Milano 1986.

³⁷

G. Pacchioni, Dei contratti in generale in diritto civile italiano, vol. II, parte II, Padova 1970.

³⁸

A. Torrente e P. Schlesinger, Istituzioni di diritto privato, Milano 1985.

³⁹

R. Scognamiglio, Contributo alla teoria del negozio giuridico, Napoli 1969.

Con riferimento alla cessione di cubatura la prestazione dovuta dal cessionario è una normale obbligazione pecuniaria.

L'obbligazione assunta dal cedente è ben più complessa, componendosi di una serie di attività di cooperazione con l'altra parte, necessarie per far raggiungere a quest'ultima l'aumento di volumetria, che rappresenta il risultato programmato con l'accordo negoziale.

Tutte queste prestazioni del cedente, pur essendo diverse l'una dalle altre, hanno tra loro in comune il fatto di essere funzionali al rilascio della concessione maggiorata da parte della P.A. .

In seguito, la dottrina sostenitrice della teoria dell'oggetto - prestazione ha, via via, abbandonato l'idea di prestazione solamente quale comportamento dovuto, e ha iniziato a parlare di prestazione come attribuzione patrimoniale, fino a pervenire al concetto di oggetto - prestazione come << *vicenda del rapporto giuridico alla cui produzione è rivolto il contratto*>>.

Questa idea si avvicina all'idea di oggetto - contenuto sostenuta da altra autorevole dottrina⁴⁰.

Si è andato pertanto affermando che l'oggetto - prestazione vada inteso come risultato dedotto.

Se il contenuto è l'insieme delle determinazioni delle parti e, quindi, il tipo di regolamento d'interessi attuato e voluto, ciò che le parti vogliono determinare sono le obbligazioni reciproche in vista di un determinato risultato che si propongono di raggiungere.

⁴⁰ F. Carresi, Sul contenuto del contratto, in Riv. Dir. Civ. 1963.

Il voluto ovvero l'intera operazione voluta dalle parti, l'autoregolamento d'interessi attuato dalle parti rappresenta effettivamente l'oggetto del contratto e sarà questo a dover essere analizzato dall'interprete per stabilire la liceità dell'accordo e, poi, il tipo negoziale d'inquadramento .

7. I trasferimenti di volumetria come contratto

Sotto un profilo civilistico, il trasferimento di volumetria si presenta come un contratto atipico⁴¹, non essendo espressamente previsto dal legislatore, né immediatamente riconducibile in un tipo contrattuale nominato.

Com'è noto l'art. 1322 c.c. consente ai privati contraenti di regolare i propri interessi patrimoniali anche attraverso accordi non rientranti negli schemi legali, sempre che il loro contenuto sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Si è sostenuto in dottrina che tale clausola avrebbe il significato di negare rilevanza giuridica esclusivamente a quei contratti che impediscono il pieno e reale sviluppo della persona umana.

8. L'ipotesi della compravendita: inammissibilità

La tendenza marcata della giurisprudenza è stata quella di tipizzare l'istituto della cessione di cubatura accostandolo ai tipi negoziali regolati dal c.c.

⁴¹ Fatto salvo naturalmente quando già detto a proposito della previsione normativa contenuta nell'art. 5 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70.

Le prime pronunce della Cassazione, nel fare riferimento alla volumetria ceduta quale bene in senso economico e giuridico, hanno sicuramente indotto ad un accostamento con la figura del contratto di compravendita.

Tuttavia, come ritenuto da autorevole dottrina⁴², lo schema contrattuale della vendita è inutilizzabile nel caso in esame, sia per ragioni di carattere logico formale, che per ragioni di sostanziale estraneità dell'assetto d'interessi programmato dalle parti, rispetto alla disciplina tipica di cui agli artt. 1470⁴³ e ss. del c.c.

Da escludere subito è l'accostamento al modello principale della vendita, vale a dire quello ad effetti reali, prodotti dall'accordo tra le parti.

In questo tipo di vendita il risultato del trasferimento si realizza immediatamente al perfezionarsi del contratto.

Nella cessione di cubatura per il raggiungimento del fine programmato sarà necessario l'espletamento di tutta una serie di formalità burocratiche.

Pertanto resterebbe l'accostamento alla figura della vendita obbligatoria, dove l'acquisto del diritto non è un effetto immediato del contratto.

Tuttavia, anche la possibilità di questo accostamento viene meno, in quanto la volumetria non è una utilità che possa costituire oggetto di proprietà o di altri diritti.

La volumetria non costituisce una posizione soggettiva autonoma.

⁴² Albina Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁴³ L'art. 1470 c.c. definisce la vendita: "il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo".

Non può essere qualificata come diritto reale né di credito che possa venire trasferito da un soggetto ad un altro.⁴⁴

Dal contratto di trasferimento di volumetria sorgono a carico dei contraenti una serie di obbligazioni assunte per un preciso risultato, costituito dall'aumento di volumetria, quasi sempre dietro il pagamento di un corrispettivo.

Questo negozio non trasferisce un diritto di obbligazioni già esistente, ma attraverso il programma contrattuale posto dalle parti, crea obbligazioni nuove.

Sotto questo aspetto si potrebbe definire il contratto in parola come negozio obbligatorio.

Nella vendita obbligatoria l'acquisto del diritto in capo al compratore è un effetto mediato, perché tra il risultato finale traslativo e il consenso si interpone l'obbligazione di trasferire.

Nei trasferimenti di volumetria la vicenda traslativa, intesa come trasmissione della titolarità di una posizione giuridica da un soggetto ad un altro, non è riconducibile al contratto.

La cessione di cubatura non è un effetto contrattuale inteso come vicenda giuridica derivante direttamente dalla conclusione dell'accordo contrattuale.

Qui l'oggetto del trasferimento è costituito dall'utilità edificatoria, l'effetto acquisitivo è invece rimesso interamente alla P.A.

9. Similitudini con la figura del contratto preliminare

⁴⁴ Albina Candian, opera citata.

La cessione di cubatura presenta una qualche somiglianza con la figura del contratto preliminare, più che altro sotto il profilo della funzione che entrambi svolgono quali negozi preparatori.⁴⁵

Il contratto preliminare viene posto in essere dalle parti in vista della produzione di un effetto ulteriore, che si verifica se e in quanto esse, in adempimento dell'obbligo assunto, prestino il consenso per la stipulazione del contratto definitivo.

Analogamente, il contratto atipico in esame è posto in essere tra cedente e cessionario per il conseguimento del trasferimento di volumetria, effetto però che si realizza solo con un atto ulteriore, ovvero il provvedimento della P.A. .

Tuttavia, occorre sottolineare che il contratto definitivo è di competenza delle parti private o, nel caso in cui al contratto definitivo non si pervenga per il rifiuto di una delle parti a prestare il consenso, dell'autorità giudiziaria, la quale su richiesta di parte può adottare un provvedimento sostitutivo in grado di produrre lo stesso effetto del contratto non concluso (art. 2932 c.c.) .

Invece, per la cessione di cubatura la realizzazione del risultato finale non è subordinata né ad una ulteriore attività delle parti, né tantomeno ad un provvedimento sostitutivo del giudice, ma piuttosto ad un provvedimento discrezionale della P.A. .

Questa sostanziale differenza tra le due figure rileva sotto l'ulteriore profilo della tutela del contraente che ha interesse al verificarsi del risultato.

⁴⁵ Grazia Ceccherini, " Il c.d. Trasferimento di cubatura", Milano, 1985.

Infatti, nel caso del contratto preliminare, se il promittente rifiuta di prestare il consenso per la stipula del contratto definitivo, l'altra parte potrà chiedere, sempre che sia possibile e non sia escluso dal titolo, l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, ottenendo così lo stesso risultato che avrebbe ottenuto con la prestazione rimasta inadempita.

Viceversa, nel caso della cessione di cubatura la parte non potrà domandare al giudice il trasferimento della volumetria (vale a dire il compimento di un atto ulteriore idoneo a produrre gli effetti voluti dalle parti), effetto che potrà prodursi solo grazie al provvedimento positivo della P.A. .

Pertanto, in caso d'inadempimento del cedente, il cessionario potrà chiedere solo il risarcimento del danno secondo i principi generali (art. 1223 c.c.) .⁴⁶

10. Similitudini con il contratto sottoposto a condizione (iuris) suspensiva

La circostanza che il trasferimento di cubatura dipenda da un evento futuro ed incerto, costituito dal provvedimento della P.A., rappresenta un profilo di somiglianza con il negozio sottoposto a condicio iuris suspensiva.

Si tratta, tuttavia, di una similitudine solamente apparente.⁴⁷

Infatti, a ben vedere, la responsabilità si atteggià in modo differente tra le due figure nella fase, per così dire, intermedia alla produzione dell'effetto o all'avveramento (o meno) della condizione .

⁴⁶ Grazia Ceccherini "Il cd. trasferimento di cubatura", Milano 1985.

⁴⁷ Grazia Ceccherini, opera citata.

Nel negozio sottoposto a condizione sospensiva la responsabilità del debitore (o alienante di un diritto sotto condizione sospensiva) nel periodo che va dalla conclusione del negozio al momento in cui l'evento dedotto si verifica, o manchi definitivamente, ove egli si comporti in modo da pregiudicare le ragioni dell'altra parte, più che ricollegarsi ad una nozione di inadempimento vero e proprio per la mancata adozione di un comportamento necessitato o preparatorio di esso, trova il proprio fondamento nella circostanza che l'obbligato crea una situazione di incompatibilità con un esatto e puntuale adempimento della prestazione finale.

Ciò significa che, per poter far riferimento ad una responsabilità contrattuale del debitore, bisognerà attendere il verificarsi dell'evento dedotto in condizione.

Invece, nella cessione di cubatura, se il cedente nella fase interinale pone in essere comportamenti, tanto positivi che omissivi, tali da mettere in pericolo le ragioni del cessionario, e quindi la produzione dell'effetto finale, non c'è dubbio che la responsabilità del cedente è immediata.

Ed ancora, nel negozio sottoposto a condizione, il comportamento scorretto del probabile debitore, che metta in pericolo le ragioni dell'altra parte, può costituire per quest'ultima il presupposto per esperire una attività conservativa in funzione del suo interesse a salvaguardia degli effetti che potranno derivare dall'avveramento dell'evento dedotto in condizione (art. 1356 e 1358 c.c.).

Per cui, anche sotto questo ulteriore aspetto, si coglie una ulteriore differenza tra le due figure contrattuali in esame.

Il contraente che acquista sotto condizione nella fase di svolgimento del rapporto può sperimentare a sua tutela una serie di rimedi più ampi rispetto al cessionario, che, invece, per ovviare al danno o pericolo di danno derivante dal comportamento del cedente, potrà solo chiedere a quest'ultimo il risarcimento del danno subito.

Potrebbe verificarsi che il cedente, successivamente all'accordo col cessionario, chieda alla P.A. una concessione a costruire sul suo fondo comprensiva della cubatura ceduta. Di fronte al provvedimento positivo della P.A. il cessionario non ha a sua disposizione alcun rimedio atto a prevenire tale possibilità o a ripristinare la situazione antecedente. Infatti, non potrà fare niente per impedire né la richiesta di concessione da parte del cedente, né tantomeno per impedire l'emanazione del provvedimento di concessione favorevole da parte della P.A. al cedente, considerata la discrezionalità del Comune e l'irrilevanza nei suoi confronti dell'accordo dei privati.

Tanto meno il cessionario potrà chiedere all'autorità giudiziaria la rimozione della concessione rilasciata al cedente⁴⁸ e, qualora il cedente, dopo avere ottenuto il permesso di costruire, realizzasse la costruzione sul suo fondo, non potrà ottenere un provvedimento giudiziario che ai sensi dell'art. 2933 c.c. ordini la demolizione del manufatto a spese del debitore, data l'irrilevanza sotto questo aspetto, del precedente accordo intervenuto tra le parti.

11. Il risarcimento del danno

⁴⁸ Grazia Ceccherini, "Il c.d. Trasferimento di cubatura, Milano, 1985".

Il cessionario può comunque chiedere al cedente il risarcimento per equivalente del danno subito.⁴⁹

La determinazione del quantum andrà fatta secondo le regole generali degli artt. 1223 e s.s. del c.c. comprendendo tanto il danno emergente (spese ecc.) che il lucro cessante (il mancato incremento di valore che sarebbe derivato al fondo qualora la P.A. avesse rilasciato la concessione maggiorata al cessionario) .

Analogamente, il cessionario potrà chiedere tale risarcimento nell'ipotesi in cui il cedente, anzichè porre in essere un atto positivo, resti inerte e non presti il consenso davanti al Comune né espressamente né implicitamente.

Trattandosi di prestazione infungibile il cessionario non ha a sua disposizione il rimedio dell'art. 2932 c.c. (esecuzione in forma specifica).

Potrebbe verificarsi una ulteriore ipotesi, e cioè che il cedente, dopo l'accordo con il cessionario, alieni ad un terzo il terreno di sua proprietà, ponendo in essere in tale modo un comportamento che può pregiudicare definitivamente la produzione del risultato finale, non essendovi certezza che il terzo sia disposto ad adempiere l'obbligazione assunta dal suo dante causa.

Anche in questa ipotesi il cessionario potrebbe chiedere al cedente il risarcimento del danno per equivalente.

E' da escludere che possa considerarsi automaticamente trasferita sul terzo acquirente l'obbligazione del cedente verso il cessionario, e questo perché l'art. 1372 c.c.

49

Grazia Ceccherini, opera citata .

stabilisce che il contratto ha forza di legge tra le parti contraenti, ma non può - salvo deroghe normative - pregiudicare né giovare i terzi estranei.

Supponiamo, ancora, che il cessionario si sia impegnato a pagare il corrispettivo solo dopo un certo termine a partire dal raggiungimento del risultato programmato (ad es. dopo aver a sua volta incassato il prezzo delle unità immobiliari che costruirà e venderà).

In questo caso, il termine in cui diverrà esigibile la prestazione pecuniaria del cessionario si collocherà in un momento in cui, non solo la cessione di cubatura avrà ricevuto l'autorizzazione comunale, ma anche in un momento in cui la concentrazione di cubatura avrà già avuto materiale attuazione con la realizzazione della costruzione.

In caso d'inadempimento dell'obbligazione di pagamento del corrispettivo pattuito, troverà applicazione l'art. 1218⁵⁰ c.c. e la tutela che l'ordinamento appresta per le obbligazioni pecuniarie.

Nel caso che l'inadempimento si verifichi a volumetria maggiorata ormai realizzata, il cedente potrà esperire il rimedio risolutorio.

Tuttavia l'effetto restitutorio sarà impossibile.

Il cedente potrà agire giudizialmente per la risoluzione del contratto, ma non sarà per lui possibile avere la restituzione della cubatura ceduta.

⁵⁰ Art. 1218 c.c. "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Ciò dimostra come non sia possibile di fatto accostare alla figura dei contratti traslativi la cessione di cubatura.

Se, limitando la valutazione sotto il profilo dell'effetto programmato (rappresentato dal trasferimento della volumetria), il contratto di cessione di cubatura si avvicina alla figura dei contratti traslativi, tuttavia tale somiglianza non si coglie più in caso d'inadempimento.

Infatti ove il cessionario sia inadempiente e il cedente chieda la risoluzione del contratto, la sentenza che dichiara l'avvenuta risoluzione ed elimina il contratto, non fa conseguire l'effetto per il cedente di riavere la potenzialità edificatoria ceduta, che per l'appunto, non rientra nella sfera di disponibilità del cedente.

E' questa la principale ragione per cui la cessione di cubatura non può essere considerata un contratto traslativo.

La cessione di cubatura non trasferisce alcunché e non produce di per sé l'aumento della possibilità edificatoria per il cessionario, essendo questo invece l'effetto del successivo provvedimento della P.A. , per cui la sentenza che dichiari inadempiente il cessionario non potrà mai produrre l'effetto di far rientrare nella disponibilità del cedente la volumetria già trasformata in costruzione.

La sentenza non può vanificare l'attività amministrativa del Comune.

La patologia civilistica del negozio non può riflettersi sull'attività della P.A. , che verifica solo la legittimità dell'operazione di trasferimento di volumetria.

Analogo discorso nel caso in cui l'edificio ancora non sia stato materialmente costruito, ma sia già intervenuta la concessione maggiorata in favore del cessionario.

Il Comune nel rilasciare tale provvedimento, non è infatti tenuto a verificare se c'è stata violazione degli obblighi contrattualmente assunti da cedente e cessionario, e una volta intervenuta la concessione, l'eventuale inadempimento contrattuale del cessionario non rileva in alcun modo sotto tale aspetto.

Del resto la concessione è annullabile per vizi di legittimità, ma non revocabile, per cui è da escludere che la successiva illegittima condotta del cessionario possa costituire vizio di legittimità della concessione.

Si ritiene altresì preclusa la tutela inibitoria ex art. 700 c.p.c. per paralizzare l'attività edificatoria del cessionario.

Questo è infatti uno strumento processuale che vuole impedire il verificarsi di un pregiudizio imminente e irreparabile al diritto oggetto di causa ordinaria.

Il presupposto di questo tipo di tutela è una situazione di pericolo per il diritto che deve essere tutelato.

Situazione che a ben vedere non è dato rinvenire nel caso di specie.⁵¹

Analizziamo ora, invece, il caso che ad essere inadempiente sia il cedente, il quale non cooperi per far sì che il cessionario ottenga l'approvazione della P.A. e rimanga inadempiente a quelle obbligazioni di fare necessarie per il raggiungimento del risultato programmato.

La giurisprudenza, com'è noto, richiede un profilo di colpa nell'inadempimento.

La difficoltà di collocare all'interno dei contratti traslativi la cessione di cubatura e la discrezionalità che caratterizza i procedimenti amministrativi in materia urbanistica

⁵¹ Albina Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990.

renderà impossibile per il cessionario attribuire a colpa del cedente il mancato raggiungimento del trasferimento di cubatura.

A meno che non sia stato espressamente previsto dalle parti un trasferimento del rischio d'insuccesso dal cessionario al cedente, apparirà difficile per il cessionario ottenere una tutela e far valere l'inadempimento del cedente con accertamento del suo colpevole inadempimento.

Tuttavia al cessionario è dato un rimedio per evitare di pagare un corrispettivo al cedente per una utilità che potrebbe non ottenere.

Si tratta del ricorso al negozio condizionato.

Nel caso in cui le parti invece non sottopongano a condizione il negozio di cessione di cubatura, ciò equivarrà ad accettazione di una certa distribuzione dei rischi.

In tal caso, secondo autorevole dottrina ⁵², il cessionario potrà avvalersi dei rimedi previsti dall'ordinamento in caso di arricchimento senza causa.

Infatti, se la P.A. non rilascerà al cessionario la concessione maggiorata e, quindi, questi non vedrà ampliate le sue facoltà edificatorie, ciò significa che la volumetria del cedente non avrà subito alcuna decurtazione.

In questo caso il pagamento del corrispettivo al cedente da parte del cessionario si configura *sine causa*.

Tuttavia, non è dato affermare con certezza che nessun sacrificio sia avvenuto per il cedente il quale potrebbe essersi, comunque, adoperato per procurare il risultato

⁵² Albina Candian, Il contratto di trasferimento di volumetria, Milano, 1990.

programmato e potrebbe, anche, avere rinunciato a cogliere occasioni favorevoli per uno sviluppo edificatorio del suo fondo.

Quindi, il rimedio dell'arricchimento senza causa sembra il più adatto per ottenere l'inevitabile restituzione del corrispettivo già versato, quando poi il programma non abbia trovato realizzazione.

Mentre, invece, appare poco praticabile il rimedio della risoluzione del contratto per mancata attuazione dell'effetto traslativo.

Nell'ipotesi in cui la P.A. in base a proprie valutazioni non conceda al cessionario la concessione maggiorata, nonostante il cedente abbia diligentemente adempiuto agli obblighi di cooperazione, si deve considerare che l'impossibilità di trasferire la volumetria, è in tal caso imputabile al diniego della P.A.

Non può però ritenersi il contratto risolto per impossibilità sopravvenuta.

Non può ritenersi risolto il contratto con contestuale scioglimento del cedente dalla sua obbligazione e restituzione del corrispettivo avuto.

Infatti il cedente non si è obbligato a trasferire sul fondo del cessionario la sua volumetria, ma solo a svolgere una attività di cooperazione affinchè la controparte possa avere un provvedimento amministrativo, senza il quale non potrà vedere aumentata la sua possibilità edificatoria.

Deve concludersi che, in questa ipotesi, il rifiuto del Comune non possa atteggiarsi come causa di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta.

Parte III

RICOSTRUZIONI TEORICHE E QUALIFICAZIONE GIURIDICA

Abbiamo già accennato come da parte della dottrina siano state elaborate differenti ricostruzioni teoriche sulla cessione di cubatura, che hanno portato ad altrettante differenti qualificazioni giuridiche dell'istituto in parola.

Ciascuna di queste sarà, qui di seguito, oggetto di trattazione con la disamina sintetica dei principali limiti che presenta.

12. La teoria della servitù atipica

Una delle più risalenti teorie⁵³, seguita anche da una parte della Giurisprudenza⁵⁴, è quella che ricostruisce la cessione di cubatura come servitù atipica.

In altre parole, il proprietario di un fondo costituirebbe una servitù di non edificare, tendenzialmente perpetua, a favore del proprietario di un altro fondo.

Pertanto con un atto pubblico o una scrittura privata il cedente la cubatura assoggetterebbe il proprio terreno ad un vincolo di servitù in favore del proprietario di una area contigua, rientrante nella stessa zona.

Quest'ultimo acquisterebbe una utilità, consistente nell'incremento della propria cubatura. Anche se - c'è da aggiungere - la Corte di Cassazione⁵⁵ pare ricondurre tale utilità, non tanto alla stipulazione del contratto costitutivo di servitù intervenuta tra

⁵³ Di Paolo, Trasferimenti di cubatura d'area e numero chiuso dei diritti reali, in Riv. Not. 1975, 547; Grassano, La cessione di cubatura in Riv. Not. 1992, 1070.

⁵⁴

Cass. 25 ottobre 1973 n. 2743 in Foro It. 1974, I, 92, che prende spunto da Cass. 25 marzo 1971 n. 849, in Mass. Giur. It., 1971, 340 e da Cass. 7 aprile 1970 n. 951 in Mass. Giust. Civ. 1972, 528 (entrambe avevano ricondotto dentro lo schema del diritto reale tipico della servitù eventuali deroghe pattizie a previsioni di piano relative a distanze e altezze) e ne afferma la medesima soluzione per la cessione di cubatura.

⁵⁵ Sent. n. 2743/1973 in Foro It. 1974, I, 92 e in Riv. Not. 1975, II, 547 e in Giust. Civ., 1974, I, 922.

privati, quanto piuttosto al successivo ed eventuale provvedimento comunale, che si atteggierebbe quale condicio iuris rispetto all'accordo dei privati.

Per la teoria che ricostruisce la cessione di cubatura come servitù atipica, al fondo servente sarebbe imposto il duplice peso:

- 1) di non edificare nella misura della cubatura ceduta, che verrà sfruttata dal proprietario del fondo dominante (inedificabilità totale o parziale su un fondo a fronte dell'utilità di un altro fondo appartenente a un proprietario diverso);
- 2) di sopportare i fastidi che possono derivare dalla costruzione sul fondo dominante di un edificio più grande di quello che si sarebbe potuto realizzare in mancanza della costituzione della servitù.

Il che comporta per il proprietario del fondo servente un dovere negativo e non positivo.

Viceversa, per il proprietario del fondo dominante, l'utilità sarebbe rappresentata dall'incremento della potenzialità edificatoria spettante al fondo.

Questa teoria riconosce sempre un ruolo fondamentale alla P.A., che viene ad essere rispettato attraverso la qualificazione del rilascio della concessione maggiorata da parte del Comune, quale condicio iuris rientrante nello schema della clausola risolutiva espressa o addirittura in quello della presupposizione.⁵⁶

Il contratto costitutivo di servitù, anche se valido tra le parti, non potrebbe produrre effetti nell'ambito del diritto pubblico, se non quando ci siano i presupposti stabiliti dalla disciplina urbanistica.

56

Grassano, nell'opera citata, che accoglie l'inquadramento della presupposizione nella clausola risolutiva tacita.

In effetti, le norme di attuazione del P.R.G. del Comune di Torino, che contemplava espressamente la cessione di cubatura, richiedevano, al fine di ritenere valido il trasferimento di volumetria, l'esistenza di un piano di lottizzazione e l'autorizzazione del Comune.

A questa tesi sono state mosse diverse obiezioni, prima fra tutte quella che il trasferimento di cubatura può attuarsi anche tra fondi non contigui.

Mentre la servitù presuppone la vicinitas dei fondi .

Di contro, si è precisato che il requisito sancito con il brocardo “*praedia vicina esse debent*” non risulta previsto normativamente, ad eccezione di alcune ipotesi di servitù come la somministrazione coattiva di acqua (art. 1049 e 1050 c.c.) ed il passaggio coattivo (art. 1051 c.c.).

Ed inoltre, da tempo, dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato che lo schema delle servitù è comunque utilizzabile quando ci sia una “utilitas” di cui spogliare il fondo servente per avvantaggiare il fondo dominante.

Una seconda obiezione è che le servitù devono soddisfare bisogni permanenti, mentre, nel caso della cessione di cubatura, l'utilitas di cui usufruisce il proprietario del fondo dominante si esaurirebbe uno actu. A ciò si è contrapposta l'osservazione che anche le servitù esaurentesi uno actu sono ammissibili, purchè la conseguente utilitas riportata dal fondo dominante sia, come è nel caso della cessione di cubatura, permanente.

Ma l'obiezione decisamente più significativa è che lo schema della servitù non è idoneo a produrre il trasferimento di cubatura da un fondo all'altro.

Ad essa si è eccepito che il trasferimento non si determina ad opera dei privati, ma ad opera del più complesso procedimento che vede determinarsi l'effettivo trasferimento di volumetria solo con l'intervento del Comune, attraverso il rilascio della concessione maggiorata.

In definitiva, all'interno di tale procedimento la costituzione della servitù è un negozio tra privati che rappresenta solo una fase del procedimento e la cui efficacia è ex lege condizionata al rilascio della concessione .

Una quarta ed ultima obiezione è che il trasferimento di cubatura da un fondo all'altro, nel caso in cui sia realizzato dal medesimo ed unico proprietario, contrasta con il principio *nemini res sua servit*.

L'obiezione è stata superata affermando che in tale evenienza non si cadrà, a ben vedere, nello schema della servitù, ostandovi il citato principio, ma in quello della rinunzia al diritto di superficie sul fondo che perde la cubatura.

Tale assunto non appare pienamente condivisibile perché riconduce la stessa fattispecie concreta (il trasferimento di cubatura da un fondo all'altro) a due diritti reali differenti, e, precisamente, alla servitù nel caso di accordo tra soggetti diversi, e alla superficie nel caso di trasferimento effettuato dal medesimo ed unico proprietario.

Ed ancora, con tale ricostruzione risulta svilito il ruolo della P.A., essendo relegato il suo intervento ad un semplice elemento condizionante e, poi, anche perché da una semplice costituzione di una servitù negativa si fa dipendere un effetto positivo quale quello del trasferimento della volumetria realizzabile.

Certamente, ricondurre la cessione di cubatura nello schema della servitù atipica presenta il pregio di poter trascrivere il negozio, garantendo piena tutela ai terzi, nonché quello di poter assoggettare l'atto relativo all'imposta proporzionale di registro.

13. La teoria del diritto di superficie

Nel caso in cui il proprietario del fondo che utilizzerà la cubatura sia lo stesso del fondo cedente, una parte della dottrina⁵⁷ e anche della giurisprudenza⁵⁸ ricostruisce la cessione di cubatura come diritto di superficie.

Partendo dall'art. 952 c.c. (costituzione del diritto di superficie) si ipotizza la configurabilità di un diritto di superficie atipico avente come oggetto, non la concessione del diritto di edificare sul proprio suolo, ipotesi prevista dal comma 1 del citato art., né del trasferimento del diritto di proprietà dell'edificio già esistente, ipotesi di cui al comma 2, ma la mera potenzialità edificatoria.

Di contro si è obiettato⁵⁹ che un simile diritto, atteso il principio della tipicità dei diritti reali, non coincidendo con il modello tipico del diritto di superficie come delineato dall'art. 952 c.c. andrebbe ritenuto inammissibile.

14. La teoria del trasferimento di diritti reali immobiliari

La tesi che qualifica come trasferimento di diritti reali immobiliari la cessione di cubatura è sicuramente quella maggiormente preferita dalla giurisprudenza civile⁶⁰.

⁵⁷ Selvarolo, Il negozio di cessione di cubatura, Napoli , 1989, 59.
⁵⁸

Cassazione sent. 1 giugno 1953 n. 1655 in Giust. Civ. 1953, I, 1330.

⁵⁹ Trojani , Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura in Vita not. 1990, 289.
⁶⁰

Secondo tale ricostruzione, la cessione della cubatura realizzabile su un fondo attraverso la costruzione di un edificio, rappresenta un bene in senso economico-giuridico, rientrante nella libera disponibilità dei privati attraverso la stipulazione di un contratto avente ad oggetto un diritto reale immobiliare.

Il Comune manterebbe pur sempre un ruolo rilevante perché gli effetti dell'accordo sarebbero condizionati al rilascio della concessione.

La ragione per cui tale teoria ha avuto molto seguito da parte della giurisprudenza civile deve fondamentalmente ravvisarsi nella possibilità di trascrizione di un simile contratto e nell'assoggettamento dell'atto all'imposta proporzionale di registro.

Tuttavia, come le altre ricostruzioni, anche questa incontra dei limiti.

Il limite principale va ravvisato nel fatto che considera la cubatura come un vero e proprio bene a sé stante, e non già una semplice facoltà o un semplice indice espresso in termini numerici e ingegneristici da osservare nella costruzioni di edifici (benché abbia comunque trovato seguito in una gran parte della giurisprudenza civile).

Gli altri limiti sono:

- il contrasto con il principio del numero chiuso dei diritti reali;
- la mancanza di un meccanismo adeguato di pubblicità, dal momento che la trascrizione è consentita solo per atti relativi a diritti reali normativamente previsti, mentre la cessione di cubatura necessiterebbe di un meccanismo di opponibilità a

Cass. Sent. 06/07/72 n. 2235 in Mass. Giust. Civ., 1972, 1252; Cass. Sent. 09/03/1973 n. 641, in Foro It. 1973, I, 2117 ; Cass. Sent. 30/04/1974 n. 1231, in Giust. Civ. 1974, I, 1424; Cass. Sent. 08/10/1976 n. 334, in Riv. Not., 1977, II, 1006; Cass. S.U. sent. 29/06/1981 n. 4245, in Giur. It. 1982, I, 1, 685; Cass. Sent. 20/12/1983 n. 7499, in Giur. It., 1985, I, 685; Cass. Sent. 14/12/1988 n. 6807, in Giur. Impr., 1989, 164.

terzi, creando vincoli nuovi, per lo più a carattere permanente, che finirebbero con lo svuotare il contenuto del diritto di proprietà.

E' bene sottolineare comunque che questi limiti appaiono al momento superati:

- dalla previsione normativa contenuta nell'art. 5 del D.L. n. 70/2011, che aggiunge nell'elenco degli atti soggetti a trascrizione di cui all'art. 2643 c.c., *<< i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relativi >>* ;
- e dalla previsione della *<< tipizzazione dello schema contrattuale della cessione di cubatura quale misura per liberalizzare le costruzioni private >>*, pur non definendo, la disposizione in parola, alcuno specifico modello negoziale.

La Legge di conversione n. 106/2011 ha apportato delle modificazioni al testo del D.L. 70/11, cancellando il richiamo alle convenzioni urbanistiche, ivi contenuto nell'art. 5, comma 3, ed estendendo l'obbligo di registrazione anche *“ai contratti che costituiscono o modificano diritti edificatori”*.

15. La teoria della rinuncia

Altre pronunce della Corte di Cassazione⁶¹ riconducono la cessione di cubatura nello schema della rinuncia.

⁶¹ Cass. sent. 06/07/1972 n. 2235, in Mass. Giust. Civ. 1972, 1252; Cass. sent. 29/06/1981 n. 4245, in Giur. It., 1982, I, 1, 685.

Parte della dottrina ne ha preso spunto per sostenere che il proprietario di un fondo, che non è interessato ad usufruire della cubatura astrattamente realizzabile sul fondo stesso, non dovrebbe fare altro che rinunciare alla stessa, essendo a tal fine indifferente che la rinuncia sia formalizzata attraverso un contratto con il proprietario del fondo che vuole sfruttarla o che risulti invece da un semplice atto unilaterale rivolto al Comune.

Tuttavia, si è obiettato che la rinuncia, proprio perché negozio unilaterale non ricettizio, sarebbe idonea solo a produrre un effetto abdicativo, rappresentato dal depauperamento del patrimonio di colui che rinuncia alla sua cubatura, e non anche di attuare il trasferimento della volumetria da un soggetto ad un altro.

Finalità questa che potrebbe invece essere raggiunta attraverso lo schema diverso della rinuncia traslativa.⁶²

A ben vedere questa ricostruzione, al di là del differente nomen juris utilizzato, non differisce nella sostanza da quella precedente, che vede nella cessione di cubatura il trasferimento o la costituzione di diritti reali.

La rinuncia viene vista, comunque, come presupposto ineliminabile tanto del rilascio della concessione da parte del Comune, che della stessa cessione di cubatura, anche come oggetto di un'eventuale convenzione sottoscritta tra i due proprietari.

16. La teoria della cessione di contratto

⁶²

Cass. sent. 06/07/72 n. 2235, in Mass. Giust. Civ. 1972, 1252; Cass. sent. 20/12/1983 n. 7499 in Giur. It., 1985, I, 209.

Altra parte della dottrina⁶³ costruisce la cessione di cubatura come una cessione atypica di contratto, più propriamente come cessione della posizione contrattuale assunta dal privato concessionario verso la P.A. concedente.

Dovendo il privato, per vedersi rilasciata dal Comune la concessione edilizia, versare all'ente il contributo previsto dagli artt. 3 e 5 della L. 28/01/77 n. 10, parte della dottrina ha ravvisato in ciò l'esistenza di un vero e proprio rapporto sinallagmatico tra Comune e privato.

Per cui ha ricostruito la concessione edilizia come un vero e proprio contratto, anche se di diritto pubblico.⁶⁴

Secondo tale orientamento, il proprietario che non è interessato alla cubatura del proprio fondo, a prescindere se abbia o meno chiesto la concessione, può cedere la sua posizione contrattuale, e quindi la volumetria, al proprietario del fondo che è invece intenzionato a realizzare una costruzione eccedente la volumetria a sua disposizione, che assume la veste di cessionario.

Il consenso del Comune, espresso attraverso il rilascio al cessionario della concessione maggiorata, rientrerebbe nella partecipazione del contraente ceduto all'atto di cessione⁶⁵ con conseguente applicabilità della previsione contenuta nell'art.

1406 c.c.

⁶³

Trojani, Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura.

⁶⁴

Giannini, Diritto amministrativo , II Milano 1970 pag. 739-740.

⁶⁵ Per la ricostruzione della cessione di contratto come negozio bilaterale o trilaterale si veda Mirabelli, Dei contratti in generale, in Comm. cod. civ., Torino, 1967.

Resterebbe fuori da tale ricostruzione teorica l'ipotesi della cessione parziale di cubatura che comunque, sempre ad avviso dei suoi sostenitori, potrebbe essere ricondotta ad un atto di disposizione di un singolo diritto derivante dal contratto.

Anche questa elaborazione teorica presenta alcuni limiti irrisolti, che possono sintetizzarsi nel seguente modo :

- l'inapplicabilità alla cessione di cubatura di tutte le norme della cessione di contratto, come disciplinata dagli artt. 1406 e s.s. del c.c.;
- il problema dell'opponibilità ai terzi.

17. La teoria del negozio ad effetti obbligatori

Altra parte della dottrina⁶⁶ ritiene che per la produzione dell'effetto traslativo della cubatura non sarebbe sufficiente l'accordo contrattuale tra i privati, necessitando a tal fine l'intervento della P.A.

La cessione di cubatura sarebbe cioè la risultante di un procedimento complesso, formato dall'accordo tra cedente e cessionario e dal provvedimento amministrativo.⁶⁷

L'accordo tra cedente e cessionario produrrebbe meri effetti obbligatori, che andrebbero ravvisati nell'obbligo per il cedente di non richiedere la concessione edilizia per la realizzazione sul proprio fondo della cubatura e nel cooperare con il cessionario per fargli avere una concessione edilizia maggiorata.

⁶⁶

A. Candian, Il contratto di trasferimento di volumetria, Milano , 1990; A. Gambaro , La proprietà edilizia, in Tratt. Rescigno, Torino, 1982; F. Gazzoni, La trascrizione immobiliare, in Comm. Schlesinger, Milano, 1991, 657.

⁶⁷

Grazia Ceccherini, Il c.d. Trasferimento di cubatura, Milano, 1985.

Secondo tale ricostruzione teorica l'atto della P.A. rappresenterebbe un elemento di perfezionamento dello stesso procedimento e non un semplice elemento di efficacia.

Il limite principale di questa teoria è rappresentato dalla impossibilità della trascrizione del negozio stipulato tra i privati e, quindi, dal fatto che non c'è alcuna garanzia, né per il cessionario né per i terzi, da possibili abusi del cedente, stante l'impraticabilità di altre strade per rendere conoscibile la vicenda ai terzi.

In tale filone ricostruttivo si colloca la sentenza della Corte di Cassazione Civile sez. II, 22 febbraio 1996 n. 1352, con cui viene affermato il carattere meramente obbligatorio dell'accordo di cessione di cubatura, intervenuto tra i proprietari di fondi diversi ricadenti nella stessa zona urbanistica, producendosi l'effettivo trasferimento di cubatura realizzabile ad un altro proprietario esclusivamente con il provvedimento concessorio emanato dal Comune a seguito dell'accordo tra i privati proprietari.

Tale pronunzia sottolinea ancora la non essenzialità dell'accordo, in quanto la rinuncia alla potenzialità edificatoria, con tale accordo pattuita, può essere espressa da parte del cedente direttamente al Comune, e la sua formalizzazione potrà avvenire successivamente con la semplice sottoscrizione del progetto presentato dal cessionario al Comune per il rilascio della concessione edilizia maggiorata.

Parte IV

ASPETTI PRATICI

18. La perdita della capacità edificatoria del terreno che cede la cubatura

Si pone il problema, a questo punto, di verificare se il terreno che cede la propria cubatura divenga inedificabile per sempre o se questa edificabilità possa essere

recuperata con un successivo atto di asservimento, che consenta su quel terreno l'edificazione inizialmente ceduta .

Della questione si è occupato espressamente il TAR Marche con la sentenza 14 giugno 2005 n. 666 che, in accoglimento della tesi del ricorrente, ha ritenuto impraticabile ai fini del computo dei volumi assentibili, un' ulteriore cessione di cubatura in favore della particella originariamente asservita, e conseguentemente illegittimo il permesso di costruire, perché rilasciato in violazione dell'indice fondiario, o, comunque, su un lotto ormai definitivamente privo di potenzialità edilizia.

Ad avviso del TAR Marche la cessione di cubatura determinerebbe l'effetto della sterilizzazione della capacità insita nella destinazione del terreno, non più rivivibile non essendo ammissibile un ulteriore asservimento, questa volta in favore del terreno prima cedente.⁶⁸

Tuttavia, tale principio non è apparso conforme a quelli elaborati dalla giurisprudenza amministrativa prevalente, traducendosi in una illegittima compressione del diritto di edificare, che si svolga nel rispetto delle regole pianificatorie e dei limiti indicati dagli strumenti urbanistici.

⁶⁸ Il TAR Marche con la sentenza 666/2005, in www.giustizia-amministrativa.it, ha affermato testualmente:

<< con il rilascio del nulla-osta del 1969 l'asservimento o trasferimento di cubatura è diventato, quindi, definitivamente obbligatorio sia per il Comune che per il soggetto che lo ha ottenuto e questo obbligo, a parte la sua connotazione o meno come servitù di inedificabilità, non può che consistere nell'impossibilità di assentire e di richiedere ulteriori ed eccedenti realizzazioni di volumi costruttivi sull'area asservita, almeno fino a quando non sarà ridotto l'indice fondiario: anche se non trascritto, l'atto di asservimento, proprio perché recepito in un provvedimento amministrativo emesso in materia edilizia ed urbanistica, ne integra la relativa disciplina e diventa quindi obbligatorio anche nei confronti dei soggetti diversi dall'originario intestatario del nulla osta, oltre che per l'Amministrazione stessa che vi ha discrezionalmente aderito, né, nella particolare fattispecie rileva l'eventuale buona fede del terzo acquirente, pienamente a conoscenza dell'asservimento>>.

La sentenza del TAR sopra citata, pur dichiarando di prescindere dalla qualificazione della intervenuta cessione come servitù di inedificabilità assoluta, di fatto viene ad introdurre un limite civilistico alla edificazione, che appare contrario all'inerenza del diritto edificatorio al diritto di proprietà.

Nel caso all'esame dei giudici del TAR Marche, il proprietario di un terreno aveva asservito la capacità edificatoria del proprio terreno in favore di una particella limitrofa affinché il suo vicino potesse realizzarvi il fabbricato di residenza.

In seguito lo stesso proprietario era venuto a beneficiare della cessione di cubatura realizzabile su di un'altra particella, potendo così conseguire l'indice fondiario necessario al rilascio di un permesso di costruire.

Il titolo edilizio, nel frattempo rilasciato dal Comune, era stato impugnato davanti al TAR, perché, ad avviso del ricorrente, non era possibile utilizzare un ulteriore asservimento in favore di una particella già vincolata in funzione della realizzabilità di un fabbricato sul lotto confinante.

Tutto ciò sulla base dell'assunto che l'originario atto d'obbligo avesse comportato il definitivo esaurimento della capacità edificatoria del fondo asservito e che, pertanto, fosse precluso lo sfruttamento della cubatura ceduta da una terza particella.

Di contro, l'avversaria tesi processuale si basava sul rilievo che l'asservimento non può essere trattato come una servitù d'inedificabilità assoluta, e che l'unica cosa rilevante, ai fini della legittimità del permesso di costruire, è solamente il rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, dato dal rapporto tra la superficie destinata alla edificazione e la cubatura ivi realizzabile.

Il che equivale a dire che il vero e unico criterio, in relazione al quale l'Amministrazione deve compiere la valutazione circa la legittimità del titolo concessorio richiesto, deve ritenersi essere il rispetto dell'indice fondiario.

Conformemente a tale assunto, il Consiglio di Stato, IV sez., ribaltando la tesi dei giudici del TAR Marche, con sentenza n. 2488 del 04/05/2006, ha affermato che l'atto di asservimento di un lotto non ne determina l'inedificabilità assoluta, ma solo la perdita della capacità edificatoria, che può pertanto non essere definitiva.

Vale a dire che, nel caso in cui gli strumenti urbanistici dovessero riconoscere un'ulteriore aggiuntiva capacità edificatoria, o nel caso in cui ciò fosse acquisibile mediante un ulteriore atto di asservimento, questa potrà essere utilizzata, e non è condizionata dal negozio di cessione di cubatura, che fosse intervenuto precedentemente.

Pertanto, la conseguenza della perdita da parte del fondo asservito della sua capacità edificatoria deve essere considerata non come una sopravvenuta inedificabilità assoluta, bensì come una consumazione della sua autonoma suscettibilità di sfruttamento edilizio.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, quindi, che la correttezza dell'operato della Amministrazione Pubblica, in sede di rilascio del permesso di costruire, a fronte di una intervenuta cessione di cubatura, vada valutata in rapporto al divieto di una doppia utilizzazione da parte dello stesso fondo della medesima potenzialità edificatoria in violazione dell'indice di fabbricabilità fondiaria, e, quindi, il lotto

asservito non può più essere edificato sulla base del computo della cubatura già irrevocabilmente ceduta con l'atto di asservimento.

A fronte della destinazione edilizia impressa all'area dallo strumento urbanistico (e quindi della sua astratta capacità edificatoria) ed in presenza della duplice condizione dell'assenza di una prescrizione relativa alla superficie minima dei lotti edificabili e di un divieto esplicito all'acquisto, da parte del fondo asservito, della cubatura cedutagli da un altro fondo, non risulta configurabile alcuna valida ragione impeditiva dell'efficacia dell'ulteriore asservimento.

Naturalmente l'assentibilità dell'intervento progettato sulla base dell'ulteriore asservimento dipende dal rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, che rappresenta l'unico parametro dell'effettivo limite al rilascio del titolo edilizio.

Recentemente il Consiglio di Stato⁶⁹ è ritornato sull'argomento e, richiamando la sent. n. 3/2009 dell'Adunanza Plenaria, ha affermato che <<*l'asservimento di un fondo ad un altro crea una relazione pertinenziale nella quale viene posta "durevolmente" a servizio di un fondo la qualità edificatoria di un altro*>>. In conclusione ha, poi, ulteriormente ricordato il pronunciamento della Cass. Pen. sez. III n. 21177/2009, statuendo che <<*gli effetti derivanti dal vincolo integrando una qualità oggettiva del terreno, hanno carattere definitivo ed irrevocabile e provocano la perdita definitiva delle potenzialità edificatorie dell'area asservita, con permanente minorazione della sua utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario*>>.

19. Una nuova possibilità di sfruttamento economico per la P.A.

⁶⁹ Consiglio di Stato , sez. V, sent. n. 3823/2011 in www.giustizia-amministrativa.it.

La cessione di cubatura apre alla P.A. delle interessanti prospettive di sfruttamento economico dei propri beni, anche demaniali.

In particolare, l'ipotesi più ricorrente è quella delle strade comunali, che possono, eventualmente, essere ricomprese all'interno dei perimetri dei piani di lottizzazione e che rientrano nel calcolo degli indici territoriali.

Utilizzando l'istituto del trasferimento di cubatura, è possibile per la P.A. trasferire agli altri lottizzanti la volumetria considerata, dietro corresponsione di un compenso, ampliando così i modi di sfruttamento economico dei propri beni.

Lo sfruttamento volumetrico delle strade o di altre aree demaniali nei termini sopra detti, se da un lato consente di realizzare un valore economico per il Comune, dall'altro non determina alcuna *deminutio* nei diritti demaniali di cui l'Amministrazione è titolare.

In effetti il trasferimento della volumetria considerata e il suo sfruttamento da parte del cessionario non altera in nessun modo e non configge con la demanialità delle strade, trattandosi di una *facultas* non incidente e non utile al servizio delle strade stesse.

Per stabilire quale sia l'iter amministrativo più corretto da seguire da parte della P.A. per operare un trasferimento di cubatura, è evidente che non si possa prescindere dalla qualificazione giuridica dell'istituto.

In definitiva, la condivisione della concezione privatistica o di quella pubblicistica condiziona e determina l'iter procedimentale da seguire.

Abbiamo visto che la teoria privatistica del trasferimento di cubatura è sostenuta da chi qualifica l'istituto come *servitus non aedificandi*, da chi lo riconduce allo schema giuridico della cessione di cosa futura e, ancora, da chi contesta l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di tipicità dei diritti reali, ritenendo che invece l'unico limite alla costituzione di diritti reali atipici sarebbe costituito dalla meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Accedendo alla configurazione privatistica della cessione di cubatura che la ritiene, nella sostanza, assimilabile ad una alienazione di un diritto reale immobiliare attinente un'area edificabile, la competenza non può che allocarsi in capo al Consiglio Comunale, che è competente in base all'art. 42 lett l) del D.lgs. n. 267/2000⁷⁰, in ordine ad “*acquisti e alienazioni immobiliari, relative permute....*”.

In base a tale norma sono attratte nell'area di competenza del Consiglio Comunale tutte le deliberazioni riguardanti non solo l'acquisizione o l'alienazione strettamente intese, ma anche l'acquisizione o alienazione di diritti reali latamente considerati.

Abbiamo già visto, tuttavia, che la concezione privatistica non viene condivisa da più parti.

In particolare, la tesi della *servitus non aedificandi* è stata maggiormente criticata in quanto lo schema della servitù risulta eccessivo rispetto alle finalità economiche perseguiti dalle parti contraenti, poiché il cedente intende realizzare solamente un vantaggio economico dalla cessione a titolo oneroso della capacità edificatoria

⁷⁰ Art 42 D.lgs. 267/2000. Il Consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: l) acquisti e alienazioni immobiliari, relative permute, appalti e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della giunta, del segretario o di altri funzionari.

inutilizzata sul suo fondo (e non quindi gravarlo permanentemente di una servitù) e analogamente il cessionario, ben lontano dal volere costituire una servitus non aedificandi a vantaggio del proprio fondo e a carico di quello del cedente, mira a conseguire il diritto di costruire una cubatura maggiore.

D'altro canto, la ricostruzione pubblicistica della cessione di cubatura come negozio traslativo di un diritto reale atipico non è condivisa dalla giurisprudenza amministrativa prevalente, secondo cui <<nessun argomento è di ostacolo a che il trasferimento di volumetria venga qualificato come contratto atipico ad effetti obbligatori, senza oneri di trascrizione>>⁷¹.

In questa ottica, l'eventuale contratto di cessione di cubatura tra le parti rappresenterebbe un atto di rinunzia del proprietario rivolto verso la P.A. oppure un contratto ad effetti obbligatori.

Aderendo alla concezione pubblicistica la competenza alla cessione di cubatura posta in essere dalla P.A. non sarebbe più riconducibile nell'ambito della lettera l) dell'art. 42 del T.U.E.L. né tantomeno in altra lettera del medesimo articolo.

Si ritiene infatti, data la ricostruzione pubblicistica dell'istituto in parola, che non sia possibile fondare la competenza del Consiglio Comunale in tale materia sulla base

⁷¹

C.d.S. , sez. V , 28 giugno 2000 n. 3637, in Foro Amm., 2000, 2186; C.d.S., sez. V, 30 marzo 1988 n. 387 e 21 gennaio 1997 n. 63 in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Abruzzo 15 gennaio 2002 n. 96, in www.giustizia-amministrativa.it .

della lettera b) dell'art. 42⁷², che fa riferimento alla competenza del Consiglio Comunale in materia di pianificazione urbanistica.

Invero in dottrina si è ritenuto che, se lo strumento urbanistico prevede, in una determinata zona, una densità edilizia massima, << *il fatto che tale astratta possibilità edificatoria venga sfruttata dal proprietario di una ampia estensione di terreno, o da più proprietari associati, o da uno dei proprietari che abbia ottenuto la cessione delle chances edificatorie dei suoi vicini, è urbanisticamente indifferente, purchè sia impedito il superamento, nella zona complessivamente considerata, della densità edilizia consentita dallo strumento urbanistico* >>.⁷³

Pertanto la competenza in materia di pianificazione territoriale del Consiglio si esprime e si esaurisce con la determinazione dell'indice territoriale per aree omogenee.

Una volta esclusa la competenza del Consiglio, non rimane che riconoscere la competenza della Giunta Comunale.

Del resto, la valutazione che viene compiuta dalla P.A. in ordine al trasferimento di cubatura si muove sicuramente in un ambito molto più ampio di quello considerato ai fini del rilascio del permesso di costruire in quanto, mentre in quest'ultimo caso la corrispondenza del progetto alle norme edilizie obbliga la P.A. ad emettere il

⁷²

Art. 42 D.lgs. 267/2000. Il Consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: lett b) programmi, relazioni previsionali e programmatiche, piani finanziari, programmi triennali e elenco annuale dei lavori pubblici, bilanci annuali e pluriennali e relative variazioni, rendiconto, piani territoriali ed urbanistici, programmi annuali e pluriennali per la loro attuazione, eventuali deroghe ad essi, pareri da rendere per dette materie.

⁷³

M. Libertini, I trasferimenti di cubatura, in I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, vol. II, 667.

provvedimento, nel caso in esame, invece, la nuova valutazione dei molteplici interessi apre la strada ad una discrezionalità non meramente amministrativa.

Sulla base di queste considerazioni parte della dottrina non ritiene possibile configurare l'atto in questione come gestionale, per cui esclude che possa essere adottato dal dirigente.

Quale che sia la teoria seguita e, quindi, l'organo (Consiglio Comunale o Giunta Comunale) ritenuto competente, la maggior parte degli autori sono concordi nel ritenere che i principi generali dell'ordinamento giuridico contabile rendono necessario assicurare criteri di trasparenza e adeguate forme di pubblicità per acquisire e valutare concorrenti proposte di acquisizione di vantaggi giuridicamente ed economicamente rilevanti.

Pertanto, l'individuazione del soggetto che beneficerà dell'accrescimento della volumetria disponibile non potrà che avvenire con le forme dell'evidenza pubblica.

Sotto questo aspetto, occorre tenere nella debita considerazione che i contenuti discrezionali dell'atto che formeranno oggetto della deliberazione del Consiglio o della Giunta Comunale, a seconda della tesi cui si ritenga di aderire, sono costituiti soltanto dalla volontà di autorizzare il trasferimento oneroso della cubatura e l'eventuale diritto di opzione per speciali e eccezionali circostanze.

Tutto ciò che è successivo e accessorio rispetto a tale manifestazione di volontà deve naturalmente considerarsi attività gestionale di spettanza del Dirigente.

Rientrano nella competenza dirigenziale, certamente, la determinazione o l'approvazione della perizia di stima del valore della cubatura, la procedura di

evidenza pubblica da adottare, i termini di pubblicazione, l'importo minimo di rialzo in sede di asta e le modalità d'aggiudicazione.

La diffusione dello strumento della cessione di cubatura anche tra le PP.AA. trova agevolmente legittimazione nel sistema e rende possibile una migliore composizione del delicato equilibrio tra pubblico e privato.

Infatti, pur rendendo possibile l'uso ottimale del territorio, valorizza al tempo stesso la tutela degli interessi privati, consentendo alla pubblica amministrazione di trarre un utile anche da beni, quali i beni demaniali e in particolare le strade, che in alcuni casi non comportano una ricaduta economica diretta per il Comune.

In conclusione, il trasferimento di volumetria rende possibile la massimizzazione degli interessi pubblici sottesi alla natura demaniale dei beni perché, consentendo la realizzazione di un utile diretto a favore del bilancio dell'ente pubblico, permette di ricavare il massimo sfruttamento economico del patrimonio dell'ente senza comportare una lesione di interessi pubblici concomitanti del pari rilevanti.

20. L'opponibilità ai terzi

Abbiamo visto come il problema se il negozio della cessione di cubatura sia ad effetti obbligatori o reali porti con sé l'ulteriore problema di stabilire quale sia il momento della produzione degli effetti, anche in ordine alla questione della trascrivibilità del negozio e, quindi, dell'opponibilità ai terzi.

Le teorie che non fanno rientrare la cubatura negli schemi riconducibili ai diritti reali impediscono di apprestare la giusta tutela ai terzi mediante il meccanismo della trascrizione.

E' stata proprio la dottrina notarile a cercare di trovare a tal proposito una soluzione pratica, volta a tutelare i terzi acquirenti.

Infatti, pochi sono ancora oggi gli strumenti urbanistici che prevedono espressamente la cessione di cubatura. Molti ritengono che, avendo la P.A. un ruolo preponderante nella intera vicenda della cessione di cubatura, la pubblicizzazione dovrebbe avvenire con gli strumenti propri della stessa Amministrazione pubblica .

Del resto, a tale proposito la sentenza della Corte di Cassazione n. 1352/96, seguendo in parte la scia di quelle pronunce che hanno elaborato la teoria della rinuncia, sembra connotare la concessione edilizia di effetti pubblicitari, a ben vedere, però, non previsti da nessuna disposizione di legge, laddove afferma espressamente che *<< a determinare il trasferimento di cubatura tra le parti e nei confronti dei terzi è esclusivamente il provvedimento concessorio >>*.

Ad avviso di una parte della dottrina⁷⁴ le soluzioni adottabili per risolvere il problema dell'opponibilità ai terzi, nello specifico caso della cessione di cubatura, potrebbero essere le seguenti:

- a) subordinare l'efficacia erga omnes della cessione al regime della trascrizione in modo che, in mancanza di essa, il Comune potrebbe legittimamente negare il rilascio della concessione maggiorata.

⁷⁴ Valerio Vanghetti, Profili civilistici della c.d. cessione di cubatura, Notariato , 1996, 5, 417.

Questa impostazione porterebbe in sostanza al riconoscimento e alla legittimazione della tesi che qualifica la cessione di cubatura come diritto reale atipico o che la riconduce nello schema della servitù.

- b) inserire la cessione tra i vincoli di ordine pubblico che possono gravare i terreni.

Il vincolo che si produrrebbe per effetto del rilascio della concessione maggiorata permetterebbe di inquadrare la cessione di cubatura come negozio ad effetti obbligatori e, ai fini dell'opponibilità, verrebbe a trovare la sua naturale pubblicità nel certificato di destinazione urbanistica rilasciato dalla stessa autorità comunale competente al rilascio della concessione maggiorata, che deve essere allegato agli atti di trasferimento concernenti le aree non edificate ai sensi dell'art. 18 della L. 28/02/1985 n. 47.

Questa soluzione sarebbe da preferire principalmente perché il certificato di destinazione urbanistica darebbe atto anche delle possibili successive variazioni relative alla cubatura realizzabile sul fondo del proprietario che l'ha ceduta in tutto o in parte, ad opera di eventuali modifiche del piano regolatore.

Da un punto di vista strettamente pratico, la soluzione più soddisfacente, sotto il profilo della tutela dei terzi, sembra essere quella della costituzione di una servitù a non edificare per la cubatura desiderata a favore del fondo di titolarità del cessionario.

Una riprova della utilità di una simile ricostruzione è quella della sicura trascrivibilità dell'atto relativo, in quanto recepibile dalle Conservatorie, proprio perché stipulato

sotto forma di servitù, e del conseguente assoggettamento, così come richiesto dalla giurisprudenza, del valore nello stesso indicato all'imposta proporzionale di registro.

Le ipotesi che restano probabilmente escluse dal regime dell'opponibilità sono quelle che non vedono il coinvolgimento del notaio (vale a dire la cessione ad opera dello stesso proprietario di più fondi con concentrazione della cubatura in un solo fondo e la cessione attuata mediante intervento del cedente direttamente nei confronti del Comune con le diverse modalità attuative sopra analizzate), in un sistema che si presta a facili abusi nei confronti dei terzi acquirenti di buona fede.

Seguendo un'ottica strettamente civilistica, si può dire che la tesi più rispondente a dare un coerente assetto agli interessi seguiti dalle parti appare quella del contratto ad effetti meramente obbligatori.

Questa, nel dare il giusto peso al ruolo del Comune nella vicenda, pone a carico delle parti l'obbligo di vincolarsi vicendevolmente fino all'esito del controllo del Comune che, qualora sfoci nell'emissione della concessione maggiorata, produrrà il trasferimento della cubatura, mentre nel caso di diniego scioglierà le parti dal contratto, con eventuale obbligo di restituzione per il cedente del corrispettivo eventualmente già percepito.

Nel caso di rilascio del titolo edilizio l'asservimento dell'area all'altra, mediante trasferimento della cubatura ai fini dell'aumento della volumetria edificabile, dovrà essere inserito nelle caratteristiche dell'area, come individuata dal certificato di destinazione urbanistica ai fini degli atti di compravendita.

Infatti il certificato di destinazione urbanistica dell'area deve indicare “*tutte le prescrizioni urbanistiche ed edilizie riguardanti l'area o gli immobili interessati (art. 8 comma 9 del D.L. n. 9/82 convertito in L. n. 94/82) e deve essere allegato a pena di nullità a tutti gli atti traveri, sia in forma pubblica che in forma privata, aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento di diritti reali relativi a terreni (art. 18 comma 2 L. n. 47/85).*”

Per la giurisprudenza amministrativa tale regime pubblicitario è di per sé sufficiente a garantire i diritti dei terzi.

Si è infatti ritenuto che l'inedificabilità di una area asservita costituisca una qualità obiettiva del fondo, opponibile anche al terzo acquirente, pur non vigendo l'obbligo di trascrizione del vincolo nei registri immobiliari e che alle esigenze di pubblicità provveda efficacemente il certificato di destinazione urbanistica ⁷⁵.

Si deve aggiungere, però, che questa forma di pubblicità può essere ulteriormente arricchita dalla trascrizione presso i registri immobiliari, anche nel caso in cui si acceda alla tesi pubblicistica, giacché è assai diffusa la prassi delle conservatorie dei RR.II. di procedere alla trascrizione anche degli atti d'obbligo.

Non c'è dubbio che l'istituto manifesti incompletezze necessitanti una apposita precisazione da parte del legislatore, che sullo specifico argomento è, di recente, intervenuto con il D.L. 13 maggio 2011 n. 70 “Semestre europeo –Prime disposizioni urgenti per l'economia”⁷⁶.

⁷⁵ Consiglio di Stato, sez. V , 28 giugno 2000 n. 3637, in Foro Amm. , 2000, 2186 ; TAR Abruzzo, 15 gennaio 2002 n. 96, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁶ Pubblicato sulla G.U. del 13 maggio 2011 n. 110 e in vigore dal 14 maggio 2011, convertito con modificazioni nella L.

In particolare l'art. 5, rubricato "Costruzioni private", del citato D.L., , per liberalizzare le costruzioni private apporta una serie di modificazioni significative alla disciplina vigente, prevedendo espressamente, al comma 1, lettera c) << ***Ia tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi*** >>, facendo apposito riferimento alla "cessione di cubatura".

Inoltre, al comma 3, dispone testualmente: << ***Per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, all'art. 2643, comma 1, del codice civile***>>, ***dopo il n. 2, è inserito il seguente:***

⁷⁷ Il testo dell'art. 2643 c.c. "Atti soggetti a trascrizione", dopo la modifica apportata dal D.L. 70/2011, è il seguente :

Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:

- 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili ;
- 2) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta;
- 2-bis) i contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative;**
- 3) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti ;
- 4) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione;
- 5) gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti;
- 6) i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente;
- 7) gli atti e le sentenze di affrancazione del fondo enfiteutico;
- 8) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni;
- 9) gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni;
- 10) i contratti di società e di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell'associazione eccede i nove anni o è indeterminata;
- 11) gli atti di costituzione dei consorzi che hanno l'effetto indicato dal numero precedente;
- 12) i contratti di anticresi;
- 13) le transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti;
- 14) le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modifica di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti.

n. 2 bis) I contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale , nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative >>.

Con la legge di conversione L. 106/2011 sono stati inseriti nella previsione del n. 2 bis in aggiunta ai “contratti che trasferiscono diritti edificatori” anche “ **i contratti che costituiscono o modificano**” tali diritti edificatori, mentre è stato eliminato il richiamo alle convenzioni urbanistiche presente nel testo del decreto legge .

Con tale disposizione normativa si è voluto risolvere il delicato problema dell’opponibilità a terzi del negozio di cessione di cubatura inserendo, espressamente, nell’elenco degli atti soggetti a trascrizione, contenuto nell’art. 2643 del c.c., anche i contratti che costituiscono, modificano e trasferiscono diritti edificatori.

Intendendo così assicurarsi la certezza dei diritti giuridici, anche in ipotesi di circolazione dei diritti edificatori.

Appare di tutta evidenza che, con la tipizzazione del “*nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi*”, vale a dire la cessione di cubatura, come misura per garantire la liberalizzazione delle costruzioni private, prevista nel comma 1 lett. c) dell’art. 5 del D.L. n. 70/11, il legislatore abbia aderito a quella ricostruzione operata dall’Agenzia delle Entrate, per lo specifico regime fiscale dell’istituto in parola, che vede nella cessione di cubatura l’acquisto di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali immobiliari di godimento.

Il D.L. n. 70/11 ha rappresentato il primo passo verso una disciplina normativa specifica in materia, al momento ancora parziale e decisamente incompleta, che va

visto come una significativa presa di coscienza da parte del legislatore della necessità di tipizzare il contratto di cessione di cubatura in quanto ormai significativamente diffuso nella prassi.

21. Profili fiscali

Il regime fiscale della cessione di cubatura è stato oggetto di molte pronunce giurisprudenziali.⁷⁸

Secondo l'orientamento che qualifica la cessione di cubatura come trasferimento di un diritto reale immobiliare⁷⁹, al negozio di trasferimento sarà applicabile l'imposta di registro con l'aliquota propria degli atti traslativi di immobili.

La Cassazione, pronunciandosi^{“80} sullo specifico aspetto fiscale, ha così statuito:

<<È assoggettabile all'imposta di registro la cessione di cubatura, il trasferimento cioè, di una facoltà inerente al diritto di proprietà, in quanto tale avente sicure caratteristiche di realtà, giacchè secondo la disciplina della detta imposta è suscettibile d'imposizione ogni atto di trasferimento di diritti reali immobiliari, inclusa la rinuncia agli stessi;

essa non è invece assoggettabile ad INVIM, atteso che tale imposta, ai sensi dell'art. 2 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643, trova applicazione soltanto al trasferimento di alcuni diritti immobiliari

⁷⁸ Cassazione 6 luglio 1972 n. 2235, in Mass. Giust. Civ. 1972, 1252; Cassazione 9 marzo 1973 n. 641, in Foro It. 1973, I, 2117; Cassazione 30 aprile 1974 n. 1231 in Giust. Civ. 1974, I, 1424.

⁷⁹ Cassazione 14 dicembre 1988 n. 6807, in www1.agenziaentrate.gov.it.

⁸⁰ Cassazione, sez. V, sent. 14 maggio 2007 n. 10979, in Notariato, 2007, 5, 493 e Mass. Giur. It., 2007

tipici, senza che, stante la lettera della norma, possano crearsi assimilazioni o analogie con figure giuridiche non menzionate.>>

Anche aderendo alla tesi che riconduce la cessione di cubatura nello schema della servitù, il negozio costitutivo sarà soggetto all'imposta proporzionale di registro, la cui base imponibile è costituita dal corrispettivo convenuto.⁸¹

In entrambe le ipotesi, tuttavia, quando il cedente sia un soggetto I.V.A. sconterà l'imposta di registro in misura fissa.

Quest'ultima troverà applicazione, indipendentemente dalla qualità del cedente, ogni qualvolta le aree appartengano al medesimo proprietario, in quanto vista come una rinuncia al diritto di superficie.

Qualora non si voglia propendere per tale ricostruzione e si abbracci quella della rinunzia traslativa, resterà comunque impossibile assoggettare, in questa ipotesi, l'atto relativo ad imposta proporzionale in quanto il maggior valore trasferito, ad opera dell'unico proprietario, da un fondo all'altro resta, comunque, sempre nella sfera patrimoniale dello stesso soggetto.

L'adozione della tesi della cessione del contratto comporterebbe uno sgravio fiscale dipendente dal fatto che sarebbe dovuta l'imposta di registro con l'aliquota propria

81

Ad avviso della Cassazione 14 dicembre 1988 n. 6807, in www1.agenziaentrate.gov.it, il cosiddetto trasferimento di cubatura va assimilato ad un negozio traslativo di diritti reali immobiliari e, come tale, è assoggettato a tassazione con imposta ordinaria di registro, considerato che le facoltà di costruire sul proprio fondo, entro i limiti stabiliti dalle norme e dagli strumenti urbanistici che ne precisano l'ampiezza secondo un determinato rapporto area-volume, si traduce, per il proprietario, in un bene in senso economico-giuridico, in quanto rappresenta un'utilità che amplia il contenuto del diritto di proprietà, e che, quindi, quando, senza cedere il suolo cui inerisce, il proprietario rinunzia a sfruttare a suo vantaggio la volumetria permessa per consentirne l'utilizzazione da parte del proprietario del fondo finitimo, l'utilità in questione, dopo il rilascio della licenza edilizia e la realizzazione dell'opera, risulta trasferita dall'uno all'altro proprietario, con conseguente diminuzione ed ampliamento del contenuto del diritto reale a ciascuno di essi appartenente.

del contratto ceduto, che al di là dell'individuazione della natura giuridica di quest'ultimo, è sicuramente minore di quella dei trasferimenti di diritti reali immobiliari.

A ben vedere, le critiche mosse ad alcune delle ricostruzioni teoriche sopra riportate sono spesso derivate dall'intento di prevedere per la cessione di cubatura una pesante imposizione fiscale, da stabilire in relazione al valore economico, spesso rilevante, dell'affare.

In tal modo, tuttavia, si è ribaltato il normale procedimento interpretativo che, solo dopo aver individuato la natura dell'atto, avrebbe dovuto trarne le giuste conclusioni fiscali, in un sistema come il nostro, in cui la distinzione tra tassa di registro fissa e proporzionale è dettata proprio in funzione della natura degli atti soggetti a registrazione.

L'Amministrazione Finanziaria, intervenuta sull'argomento con risoluzione ministeriale prot. n. 250948 del 17/08/1976, richiamando le sentenze della Corte di Cassazione del 06/07/1972 n. 2235, del 21/03/1973 n. 802 e del 30/04/1974 n. 1231, ha precisato che la cessione di cubatura è equiparata alla cessione di diritti reali immobiliari di godimento.

Nella cessione di cubatura si verifica in sostanza l'acquisto di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali immobiliari di godimento.

Per quanto riguarda la tassazione della cessione di cubatura, ai fini delle imposte indirette si dovrà applicare lo stesso regime fiscale previsto per il trasferimento di

aree edificabili, per il quale occorre stabilire se il cedente è un soggetto passivo I.V.A. o meno .

In particolare, nell'ipotesi di cedente:

- soggetto passivo I.V.A. (es. impresa), il trasferimento di cubatura va assoggettato ad I.V.A. al 20%, con applicazione di imposte di registro, ipotecarie e catastali in misura fissa ;

- soggetto non passivo I.V.A. (es. persona fisica non esercente attività commerciale), si applicano imposte di registro con aliquota dell'8%, ipotecarie e catastali rispettivamente del 2% e dell'1%.

Anche ai fini delle imposte dirette, la cessione di cubatura, essendo assimilabile alla cessione di un diritto reale di godimento riguardante un'area edificabile,⁸² segue le stesse regole previste per il trasferimento di quest'ultima.

Ciò in virtù di quanto stabilito dall'art. 9, comma 5, del D.P.R. n. 917/86 , in base al quale << *ai fini delle imposte sul reddito le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso*

⁸² Conclusione confermata anche con Risoluzione n. 233/E del 20 agosto 2009 dell'Agenzia delle Entrate, pubblicata su www1.agenziaentrate.gov.it, in cui si afferma testualmente : “conformemente all'interpretazione già sostenuta con la risoluzione del 17 agosto 1976 prot. n. 250948, si ritiene che, anche in materia di imposte dirette, il contratto di cessione di cubatura e, conseguentemente la cessione dei diritti di rilocalizzazione, concluso da privati produce un effetto analogo a quello proprio dei trasferimenti di diritti reali immobiliari.

Infatti nell'operazione di cessione, attraverso il consenso del Comune si verifica l'acquisto di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali di godimento, in quanto la volontà dei privati contraenti, nel porre in essere il trasferimento di una delle facoltà cui si estrinseca il diritto di proprietà, e cioè quella di costruire, modifica il limite di edificabilità fissato dal piano regolatore per i singoli appezzamenti, con la conseguente compressione del diritto di proprietà del cedente e il correlativo aumento dell'edificabilità sull'area del cessionario.

Tenuto conto che viene a configurarsi il trasferimento di una posizione giuridica assimilabile ad un diritto reale di godimento, per la quale si rendono applicabili le regole fiscali stabilite in relazione alle cessioni di proprietà, ne consegue che si producono plusvalenze tassabili ai sensi dell'art. 67 comma 1 lett. b) del TUIR.”

valgono anche per gli atti a titolo oneroso che importano costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento e per i conferimenti in società >>.

Pertanto, nell'ipotesi di cessione di cubatura da parte di un soggetto non esercente attività commerciale, si configura una plusvalenza assoggettata ad IRPEF ai sensi dell'art. 67 del D.P.R. n. 917/1986 (TUIR) da calcolarsi come differenza tra corrispettivo percepito e costo di acquisto.

Diversamente, qualora il soggetto cedente eserciti attività d'impresa, il corrispettivo del trasferimento di cubatura conseguito deve essere assoggettato all'imposta sul reddito come:

- ricavo, se l'area appartiene alla categoria dei beni al cui scambio sia diretta l'attività d'impresa (cd. beni merce);
- plusvalenza, se l'area non appartiene alla categoria dei "beni merce", che sarà determinata come differenza tra corrispettivo pattuito e costo non ammortizzato del bene medesimo.

Capitolo 3

LE ESPERIENZE STRANIERE: FRANCIA E AMERICA DEL NORD.

1. I trasferimenti di volumetria in Francia.

Nell'ordinamento giuridico francese il legislatore ha previsto espressamente la cessione di cubatura disciplinandola dettagliatamente.

Il sistema francese conferma che si tratta di un meccanismo necessario per amministrare l'urbanistica sempre che ricorrono due presupposti, vale a dire l'adozione del criterio piano volumetrico e il riconoscimento dello jus aedificandi dei proprietari privati.

Dal 1967 lo SDAU (Schema Directeur d'Amangement et d'Urbanisme) e il POS (Plan d'Occupation des Sols) rappresentano i due pilastri dell'urbanistica francese.

Il POS fissa le regole per l'utilizzazione urbanistica ed edilizia dei suoli.

Il suo contenuto è prestabilito da un regolamento nazionale che si suddivide in una parte obbligatoria per tutti i Comuni ed una facoltativa per differenziare la situazione dei piccoli agglomerati da quella dei più grandi.

Ogni POS in applicazione del criterio della zonizzazione suddivide il territorio in diverse zone omogenee.

Le zone si distinguono in zone urbane a vocazione edilizia e zone naturali a vocazione di conservazione ambientale.

Il POS fissa il coefficiente d'occupazione dei suoli (COS) di ciascuna zona in funzione della capacità dei servizi collettivi esistenti o in corso di realizzazione e della natura della edificazione da costruire.

La legge urbanistica del 30/12/1975 ha introdotto in Francia il PLD (Plafond Legal de Densité) prevedendo che il diritto di costruire è connesso alla proprietà del suolo e

si esercita nel rispetto delle disposizioni legislative e regolamentari relative all'utilizzazione del suolo.

Il PLD aveva inizialmente come coefficiente 1:1 per tutta la Francia, tranne per Parigi dove fu elevato a 1,5.

Il coefficiente 1 esprime il rapporto di 1 mq di impianti per ogni mq di superficie di suolo disponibile.

Il proprietario che sia interessato a costruire al di là del livello del PLD deve acquisire la concessione dalla P.A.⁸³

I parametri iniziali hanno subito continue modificazioni da parte della legislazione successiva (L. 29/12/1982: Legge finanziaria per l'anno 1983 - L. 18/7/1985 n. 729) fino a consentire ai Comuni di rinunciare a imporre il PLD.

Ove però scelgano d'imporlo non può essere inferiore al coefficiente originario 1 (1,5 per Parigi).

Ciò riporta il plafond legal de densità al suo originario significato, che è quello di ammettere che l'edificazione entro certi limiti debba essere gratuita per i proprietari.

Un primo decreto del 31/12/58 (n. 1463/58) aveva previsto la possibilità di costituire una servitù de minoration de densità.

Tale previsione era collegata alla possibilità d'ottenere un permesso di costruire per il proprietario che, oltre alla propria superficie, potesse vantare una servitus altius non tollendi sul fondo vicino in modo da assorbirne la volumetria.

⁸³ A. De Vita, La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea, analisi comparativa del diritto francese, Milano, rist. 1974.

Tuttavia si trattava ancora di un solo accenno legislativo insufficiente a far scattare il complesso meccanismo dei trasferimenti di cubatura, sicché la servitù de minoration de densità rimase un istituto privo di applicazione pratica.

Le principali forme di manipolazione delle volumetrie edificabili, assegnate dal POS, si sono attuate aldilà di ogni problema d'inquadramento giuridico.

Si tratta dei cc.dd. Reports de COS⁸⁴:

il POS contempla non solo le densità edilizie attraverso le zonizzazioni ma anche le localizzazioni di impianti e servizi pubblici (emplacement reservè).

Laddove sia previsto un emplacement reservè è impossibile l'edificazione privata.

L'area è destinata quanto prima ad essere espropriata per p.u. non appena l'Amministrazione deciderà di costruire l'opera o di realizzare l'impianto pubblico.

Quando la P.A. espropria un terreno destinato a un'opera o impianto pubblico a tal fine riservato dal POS, è probabile che il suo valore comprenda l'elemento dell'edificabilità. Tuttavia, spesso succede che l'impianto pubblico non sia consumatore di volumetria, perché si tratta di costruire una strada, un parcheggio, uno spazio di verde attrezzato.

In questi casi, per l'Amministrazione non è conveniente pagare una edificabilità che non le interessa, per cui con il meccanismo del report du COS, la volumetria edificabile, prevista per la zona, viene concentrata sulla parte di terreno privata residua.

La P.A., dal canto suo, acquisirà un terreno destinato ad un impianto pubblico senza facoltà edificatorie.

⁸⁴ Albina Candian , Il contratto di trasferimento di volumetria, Milano, 1990.

Il report du COS è in definitiva un accordo tra proprietario ed ente pubblico in forza del quale la P.A., nell'espropriare un'area privata, compensa il privato proprietario con una autorizzazione, che gli consente di concentrare nell'area residua la volumetria edificabile di cui era dotato all'origine.

2. Il Transfert du COS

3. Originariamente il legislatore aveva limitato la possibilità di ricorrere all'istituto in parola solo alle zone urbane, poi nel 1976 il meccanismo è stato esteso anche alle "zone naturali da proteggere in ragione della qualità del loro paesaggio"⁸⁵.

In quest'ultimo caso si tratta, però, di uno strumento con cui la P.A. viene a compensare i privati proprietari che hanno subito vincoli espropriativi.

Qui, viene in scena un vero e proprio trasferimento di possibilità edificatoria tra terreni appartenenti a proprietari diversi.

Quindi la differenza è che, in questo caso, l'iniziativa è rimessa alla P.A., mentre nel trasferimento dei COS in zone urbane è rimessa ai privati proprietari.

Nel sistema urbanistico francese il proprietario di una area può sulla base di determinati presupposti costruire in misura più ampia di quanto gli consenta lo standard edilizio della zona.

⁸⁵ Albina Candian , Il contratto di trasferimento di volumetria, Milano, 1990.

Il superamento del limite di edificabilità prende il nome di DEPASSEMENT DU COS ed è soggetto al pagamento di una somma di denaro.

Deve trovare espressa previsione nel regolamento del POS, che a sua volta deve indicarne le zone.

Deve, inoltre, ricorrere una causa tipica prevista dal legislatore e osservare specifiche prescrizioni urbanistiche o architettoniche.

Il legislatore ha consentito al proprietario anche di acquistare la cubatura che gli occorre dal vicino, anziché dalla collettività, e di non pagare conseguentemente il contributo pubblico.

In questo modo si attua il transfert du COS.

Si tratta di accordi privati al pari dei nostri trasferimenti di volumetria, volti a trasferire da un terreno ad un altro una determinata quantità di possibilità edificatoria, che sono soggetti comunque alla approvazione della P.A.

In sintesi, il proprietario privato francese che voglia costruire edifici di dimensioni maggiori di quelle a lui consentite, ha a sua disposizione due meccanismi.

Quello “privato” (transfert du COS) che si sostanzia in un atto negoziale privatistico e quello “pubblico” consistente nel pagamento di un contributo alla collettività per il superamento del limite edificabile a lui imposto.

Con il transfert du COS i proprietari concludono dei contratti di piano volti a far sì che un terreno, dietro il pagamento di un corrispettivo, possa usufruire di un COS maggiore di quello iniziale consentito, senza dover porre in essere delle lunghe trattative burocratiche con la P.A..

Per porre in essere il transfert du COS i privati proprietari devono stipulare un contratto che abbia ad oggetto il trasferimento di un quantum di edificabilità.

Secondo la legislazione francese il proprietario cedente deve in tale atto dichiarare di accettare la costituzione di una servitus non aedificandi sul proprio terreno.

Il diritto di servitù costituito in tale modo porterà, come effetto, la riduzione per il proprietario del fondo servente della possibilità edificatoria in misura corrispondente a quella utilizzata dal proprietario del fondo dominante.

Il proprietario che opta per il dépassement du COS, se subisce l'annullamento o la modifica del permesso di costruire o la rinuncia spontanea al progetto del costruttore, potrà sempre ottenere la restituzione quasi integrale della somma pagata alla P.A.

Questa possibilità non è prevista per colui che abbia optato per il transfert.

Ma si potrà ovviare a ciò attraverso il regolamento contrattuale prevedendo una clausola risolutiva che sottoponga il pagamento del prezzo al non verificarsi di uno di questi eventi.

Analogamente, se nel caso del dépassement du COS, sono ammesse facilitazioni di pagamento (rateizzazioni), nel transfert esse non sono previste, salvo che siano state le parti ad inserirle nel contratto.

Il transfert deve essere autorizzato dall'Amministrazione.

L'organo competente prima era il Prefetto, poi il Sindaco, attualmente è il Consiglio municipale.

L'amministrazione verifica che :

- le aree interessate appartengano alla stessa zona urbana;
- l'edificabilità relativa al terreno cedente non sia già destinata dal POS ad opere pubbliche consumatrici di volumetria;
- l'edificabilità non sia stata già utilizzata per costruire opere private.

Il provvedimento dell'Amministrazione, oltre ad autorizzare il transfert, produce come effetto immediato la costituzione di una servitus non aedificandi sul terreno cedente, che deve essere espressamente accettata dal proprietario, e la fissazione dei nuovi COS.

L'accordo tra le parti deve essere formalizzato con atto notarile che, congiuntamente alla deliberazione consiliare, viene iscritto presso l'ufficio ipoteche e a partire da tale momento è opponibile ai terzi.

Infatti, i trasferimenti sono possibili solo previa cancellazione di eventuali iscrizioni ipotecarie o di privilegi, e ciò a tutela dei terzi.

Ad ogni modo i terzi estranei all'operazione non devono essere danneggiati nei loro diritti dalla attuazione dei transfert.

3. Il Transfert du COS in zone naturali

Tale istituto fu introdotto con la legge 31/12/1976. Può accadere che il regolamento del POS attribuisca a dei terreni, che costituiscono zone naturali protette, un determinato coefficiente d'occupazione (COS), ma che i proprietari nella realtà non ne possano usufruire.

Questi proprietari di terreni gravati da un vincolo di non edificazione per trarre una qualche compensazione, potranno cedere a terzi l'edificabilità che gli spetterebbe in astratto ma che in concreto non è utilizzabile .

Del pari il regolamento del POS prevederà per il proprietario che vorrà costruire in misura maggiore , la possibilità di acquistare la volumetria del vicino.

Acquisto che in tal caso non è soggetto al pagamento del contributo di partecipazione.

Si tratta⁸⁶ in definitiva di una tecnica ideata dal legislatore per rendere possibile alla P.A. di imporre agevolmente ai proprietari privati dei vincoli d'inedificabilità, senza che ciò determini problemi circa il loro carattere espropriativo, che in Francia non è riconosciuto al di fuori dell'acquisizione diretta della proprietà privata.

Siamo nella sostanza di fronte a forme di ristoro per i privati gravati da imposizioni di non edificazione.

4. L'Esperienza Americana

Anche negli Stati Uniti il fenomeno dei trasferimenti di cubatura ha avuto origine dagli standards urbanistici.⁸⁷

⁸⁶ Albina Candian , Il contratto di trasferimento di volumetria, Milano, 1990.

⁸⁷

Albina Candian , opera citata.

Questo soprattutto nei centri commerciali delle grandi città, dove sono stati costruiti edifici molto alti, caratterizzati da un notevole sviluppo edilizio in senso verticale, che ha rappresentato il naturale prodotto delle innovazioni tecnologiche applicate all'edilizia.

L'esperienza americana si differenzia dalla nostra principalmente perché nel sistema giuridico americano non opera il limite del principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

L'unico vero limite alla autonomia privata è costituito dalla necessità di garantire la certezza del traffico giuridico rispetto agli immobili.

Nell'ordinamento americano l'imposizione di limiti e restrizioni alla proprietà privata a fini urbanistici è considerata un valido esercizio del potere di polizia proprio delle comunità locali.

Alcune di queste limitazioni particolarmente incisive sono considerate a carattere espropriativo e la loro imposizione richiede il pagamento di un indennizzo.

Alcuni edifici sono oggetto di tutela monumentale perché hanno un certo valore storico da preservare.

Sono edifici in gran parte ubicati nel nucleo più antico, che spesso è quello con il più alto livello di edificazione.

Si tratta di edifici con uno scarso sviluppo in altezza, che, quindi, presentano una forte potenzialità di sviluppo.

I proprietari di questi edifici storici, gravati da vincoli di conservazione, ritengono che tali vincoli costituiscano delle vere e proprie forme di espropriazione e pretendono per tale ragione un indennizzo dall'Amministrazione.

Nonostante le Corti Americane non siano particolarmente propense ad accogliere tali pretese indennitarie, il problema è sentito e viene tenuto in considerazione dai pianificatori locali, che spesso attribuiscono figurativamente al lotto in cui è ubicato l'edificio vincolato e tutelato, lo stesso standard dell'intera zona, disponendo al tempo stesso che la volumetria eccedente venga sfruttata altrove.

Pertanto i proprietari di tali immobili, non potendo sfruttare direttamente la loro volumetria, potranno cederla ad altri a titolo oneroso.

La caratteristica precipua è che i possibili acquirenti non sono solo i vicini confinanti ma anche i proprietari di lotti distanti.

Tuttavia queste forme di trasferimento non sono consentite ovunque ma solo in determinate zone cittadine.

Si è ritenuto trattarsi di forme di perequazione attraverso le quali l'onere di mantenere determinate zone inedificate viene ridistribuito tra molti proprietari anzichè essere accolto a pochi.

In definitiva, si vuole realizzare una più equa ripartizione dei costi e dei benefici dei vincoli urbanistici tra i proprietari e, al contempo, garantire un contenuto minimo al diritto di proprietà privata.

I trasferimenti di volumetria di tipo privatistico sono invece generati dal mercato e si propongono una distribuzione più efficiente del bene edificabile, resa scarsa dalla disciplina urbanistica, per contemperarlo con la tutela di altri beni.

Tale circostanza si rende possibile perché nel sistema giuridico americano oggetto del diritto di proprietà è una situazione giuridica ben definita e non una cosa materiale in sé, per cui da qui la naturale conseguenza di concepire la divisibilità dello spazio aereo in vari strati da assegnare a diversi titolari.

Con gli standards piano volumetrici per calcolare quanti piani un costruttore potrà edificare bisogna partire dalla superficie dell'area a sua disposizione, ma questa superficie non deve essere necessariamente sua.

In definitiva, si è giunti a fare delle operazioni di divisione in strati orizzontali di uno spazio verticale, come nel caso in cui stazioni ferroviarie collocate in posizione centrale sono state interrate e lo spazio sovrastante è stato venduto per usi edilizi profittevoli.

In un tale meccanismo, che presenta analogie evidenti con il nostro diritto di superficie, lo spazio aereo è destinato ad essere edificato.

Si tratta di un volume vuoto che sarà riempito e che l'acquirente è interessato possedere.

Con i trasferimenti di volumetria di tipo privatistico si tende a garantire una più efficiente distribuzione della edificabilità, che è limitata dalla disciplina urbanistica, oltre che il contemperamento con le esigenze di tutela di altri beni.

Considerazioni finali

Possiamo concludere dicendo che il trasferimento di cubatura rappresenta una complessa operazione, giuridica ed economica insieme, in grado di esprimere una rilevante utilità sociale non solo nei casi in cui sia espressamente prevista dagli strumenti urbanistici, altresì capace di soddisfare i mutevoli interessi delle parti sottostanti all'operazione, senza ledere la disciplina dei suoli, sempre a patto che venga attuata tra fondi compresi nella medesima zona urbanistica.

Infatti, laddove lo strumento urbanistico preveda per una certa zona una densità edilizia massima, la circostanza che l'astratta possibilità edificatoria venga sfruttata dal proprietario del terreno o da più proprietari associati o da uno dei proprietari che abbia ottenuto la cessione delle chances edificatorie dei suoi vicini, è urbanisticamente indifferente, purché non venga superata nella zona complessivamente considerata la densità edilizia consentita dallo strumento urbanistico.

I trasferimenti di volumetria, da un punto di vista strettamente urbanistico, soddisfano esigenze di flessibilità pianificatorie, al pari delle lottizzazioni e delle convenzioni urbanistiche.

Ma mentre queste ultime sono qualificate dalle norme che le prevedono come veri e propri piani urbanistici, i trasferimenti di volumetria non sono solo contratti atipici, ma restano figure atipiche anche all'interno degli strumenti di pianificazione urbanistica.

Pur assicurando la realizzazione di esigenze di flessibilità pianificatorie, si deve riconoscere che gli accordi, realizzati dai privati per allocare nel modo a loro più

conveniente le volumetrie edificabili, sono di per sé privi di conseguenze giuridiche fino al momento in cui non si traducono in un provvedimento concessorio da parte della P.A.

Ad ogni modo, a prescindere da quale rilevanza si voglia attribuire al provvedimento della P.A., il dato incontrovertibile è rappresentato dalla duplice natura, tanto privatistica che amministrativa, che caratterizza l'intera operazione, dove autonomia privata e P.A. concorrono al raggiungimento dell'effetto finale del trasferimento di cubatura.

avv. Roberta Chiarella

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- A. Candian, Il contratto di trasferimento di volumetria, 1990;
- G. Ceccherini, Il c.d. Trasferimento di cubatura, 1985;
- P. Stella Richter, I principi del diritto urbanistico, 2002.
- R. Galli, Corso di diritto amministrativo, 1996.
- A. Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, 1973,
- A. Candian, Nozioni istituzionali di diritto privato, 1969.
- P. Trimarchi, Istituzioni di diritto privato, 1986.
- G. Pacchioni, Dei contratti in generale in diritto civile italiano, vol. II, parte II, 1970.
- A. Torrente e P. Schlesinger, Istituzioni di diritto privato, 1985.
- R. Scognamiglio, Contributo alla teoria del negozio giuridico, Napoli 1969.
- M. Di Paolo, Trasferimenti di cubatura d'area e numero chiuso dei diritti reali, in riv. Not., 1975

- P. Grassano, La cessione di cubatura, in Riv. Not. 1992.
- F. Carresi, Sul contenuto del contratto, in Riv. Dir. Civ. , 1963
- S.G. Selvarolo, Il negozio di cessione di cubatura, 1989;
- P.L. Trojani, Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura in Vita Not., 1990.
- M.S. Giannini, Diritto Amministrativo, 1970.
- A. Gambaro, La proprietà edilizia, in Trattato Rescigno, 1982.
- F. Gazzoni, La trascrizione immobiliare, in Comm. Schlesinger, 1991
- M. Libertini, I trasferimenti di cubatura in “I contratti del commercio, dell’industria e del mercato finanziario”, Trattato diretto da F. Galgano, 1995, vol. II
- V. Vanghetti, Profili civilistici della c.d. cessione di cubatura, Notariato, 1996, 419.
- A. De Vita, La proprietà nell’esperienza giuridica contemporanea, analisi comparativa del diritto francese, Milano, rist., 1974;
- T. Galletto, Le convenzioni urbanistiche in Nuova Giur. Civ. Comm., 1989, II, 117;
- A. Chianale, Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura, in Giur. It., 1989, I, 1, 1545.
- F. Gerbo, La cessione di volumetria in Il notaro, 1998, 105
- G. Picco – A.M. Marocco, I così detti “trasferimenti di cubatura”, in Riv. Not. 1974, 626.

Giurisprudenza Amministrativa

- T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. I, sent. 12 ottobre 2010 n. 4113, Fonte: Corriere Merito, 2010, 12, 1223.
- T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, sent. 08 luglio 2010 n. 1585, Fonte: Diritto & Dintorni, Giurisprudenza Amministrativa e Contabile, n. 3, anno 2011 ;
- T.A.R. Campania - Napoli, sez. VIII, sent. 15 maggio 2008 n. 4549, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.
- T.A.R. Toscana - Firenze, sez. I, sent. 16 novembre 2006 n. 5592 , Fonte: Massima redazionale, 2006.
- T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, sent. 20 luglio 2006 n. 7600, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.
- T.A.R. Marche, sent. 14 giugno 2005 n. 666, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.
- T.A.R. Molise, sent. 19 gennaio 2004 n. 3, Fonte: Massima redazionale, 2005.
- T.A.R. Abruzzo - L’Aquila, sent. 27 giugno 2003 n. 474, Fonte: Massima redazionale, 2004.

T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, sent. 15 gennaio 2002 n. 96, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.

T.A.R. Puglia - Bari sez. I sent. 01 dicembre 1997 n. 868, Fonte: Massima redazionale, 2002 e Trib. Amm. Reg. , 1998, I, 727.

T.A.R. Lazio sent. 22 novembre 1978 n. 917, Fonte: Foro Amm., 1979, I, 1, 151;

T.A.R. Piemonte sent. 10 luglio 1974 n. 52, Fonte: Foro Amm., 1974, I, 2, 861;

Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 giugno 2011 n. 3823, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 4 maggio 2006 n. 2488, Fonte: Riv. Urbanistica e Appalti, 2006, 8, 941

Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 14 ottobre 2005 n. 5716, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 30 giugno 2005 n. 3594, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V , sent. 28 giugno 2000 n. 3637, Fonte: Foro Amm., 2000, 2186, Giur. It., 2001, 400 e Giur. Bollettino di legislazione tecnica, 2000, 519.

Consiglio di Stato, sez. V , sent. 10 febbraio 2000 n. 749, Fonte: Riv. Giur. Urb., 2001, 289 .

Consiglio di Stato Ad. Plen. 22 dicembre 1999 n. 24, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V, sent 21 gennaio 1997 n. 63, Fonte: Giur. It., 1997, III, 1, 405.

Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 luglio 1996 n. 874, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di stato, sez. V, sent. 26 novembre 1994 n. 1382, Fonte: Cons. St. , 1994, I.

Consiglio di Stato, sez. V, sent 30 marzo 1988 n. 387, Fonte: www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V, sent. 1 ottobre 1986 n. 477, Fonte :Riv. Giur. Edilizia, 1986, I, 1014.

Consiglio di Stato, sent. 28 giugno 1971 n. 632 Fonte: Foro Amm., I, 2, 691.

Giurisprudenza Civile

Corte di Cassazione sent. 24 settembre 2009 n. 20623 in Giur. It., 2010, 3, 549 e in Nuova Giur. Civ. , 2010, 4, 322.

Corte di Cassazione sent. 14 maggio2007 n. 10979 in Notariato, 2007, 5, 493 e Mass. Giur. It. 2007.

Corte di Cassazione sent. 22 febbraio1996 n. 1352 in Notariato, 1996, 5, 417 Edilizia e Territorio.

Corte di Cassazione. S.U. sent. 04 maggio 1989 n. 2084 in Giur. It., 1990, 2.

Corte di Cassazione sent. 14dicembre 1988 n. 6807 in Giur. Impr. , 1989, 164..

Corte di Cassazione sent. 20 dicembre1983 n. 7499 in Giur. It. 1985; I, 1, 209.

Corte di Cassazione S.U. sent. 29 giugno1981 n. 4245 in Giur. It. 1982, I, 1, 685

Corte di Cassazione sent. 08 ottobre1976 n. 334, in Riv. Not., 1977,II, 1006.

Corte di Cassazione sent. 30 aprile 1974 n. 1231 in Giust. Civ. 1974, I, 1424 e in Riv. Not., 1975, II, 547,;

Corte di Cassazione sent. 25 ottobre 1973 n. 2743 in Foro It. 1974, I, 92, in Riv. Not.1975, II, 547 e in Giust. Civ. , 1974, I, 922.

Corte di Cassazione sent. 09 marzo1973 n. 641 in Foro It. 1973, I, 2117 e in Riv. Not. 1974, II, 115;

Corte di Cassazione sent. 06 luglio1972 n. 2235 in Mass. Giust. Civ. 1972, 1252;

Corte di Cassazione 25 marzo1971 n. 849 in Mass. Giur. It., 1971, 340 e in Giust. Civ. Rep., 1971, voce servitù, n. 5.

Corte di Cassazione 07 aprile1970 n. 951, in Mass. Giust. Civ., 1970, 528.

Corte di Cassazione sent. 01 giugno 1953 n. 1655 in Giust. Civ. 1953, I, 1330.

Corte Costituzionale sent. 15-29 luglio 2005 n. 343, Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte Costituzionale sent. 24-28 giugno 2004 n. 196, Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte Costituzionale sent. 1-7 ottobre 2003 n. 307, Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte Costituzionale sent. 10-19 dicembre 2003 n. 362, Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte Costituzionale sent. 25 settembre–1 ottobre 2003 n.303, Fonte:www.cortecostituzionale.it

Corte Costituzionale sent. 30 gennaio 1980 n. 5, in Giust. Civ., 1980, I, 279.