

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 1763

Il trasferimento di cubatura

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 29 settembre 1999

1. Premessa

Tra le maggiori novità introdotte dalla legge 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge ponte), al fine di regolamentare l'attività edilizia dei privati, oltre agli strumenti rappresentati dalle convenzioni, si segnalano gli *standards* edilizi (art. 17 legge 765/1967 che ha introdotto l'art. 41-*quinquies* nella legge 1150/1942), volti a determinare 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. Nella previsione legislativa i limiti di densità edilizia sono fissati con riferimento a parametri, individuati in rapporto alla superficie edificabile posseduta, agli spazi variamente 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 **(1)**, 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, 44 Cost.), contribuendo a modificare la qualità dell'intervento pubblico nel processo conformativo della proprietà edilizia privata.

Da una "scordinata" fase iniziale, in cui la disciplina dell'attività edificatoria, considerata staticamente come *ius aedificandi*, era affidata alle prescrizioni di piano, si è passati alla "planificazione" della proprietà immobiliare, attraverso l'attivazione di quei "meccanismi giuridici in grado di assicurare che tutti i centri decisionali interessati compiano scelte coerenti con gli obiettivi fissati" **(2)**. Se nell'ottica del legislatore la pianificazione degli interventi edilizi sul territorio - muovendo da esigenze repressive e non propulsive - rispondeva alla necessità di porre un freno alle speculazioni edilizie dei grandi centri urbani, l'effetto ulteriore prodotto dalla previsione degli *standards* di costruzione è stato quello di aver limitato la discrezionalità dell'intervento pubblico nell'assetto del territorio a scopo

edificatorio; in tal modo le scelte delle amministrazioni territoriali in fase di creazione degli strumenti urbanistici si sono progressivamente adeguate ai limiti inderogabili fissati dalla legislazione statale.

La legislazione urbanistica che si è avvicinata nell'arco di quasi un trentennio (legge 17 agosto 1942, n. 1150, così come modificata dalla legge 6 agosto 1967, n. 765, c.d. legge ponte), ha favorito la nascita e la diffusione tra i proprietari di aree edificabili di una prassi nota come trasferimento di cubatura (o di volumetria), che proprio dagli studi notarili ha mosso i primi passi. È noto il meccanismo del fenomeno: il proprietario di un'area edificabile "trasferisce" (normalmente dietro corrispettivo) al proprietario di un'area finitima, tutta o parte della cubatura utilizzabile sul proprio fondo (rendendolo, in tutto o in parte, inedificabile), così che al termine dell'operazione, il proprietario "cessionario" potrà edificare sfruttando la cubatura acquisita, in aggiunta a quella naturalmente espressa dal proprio fondo.

L'intera operazione riguarda naturalmente fondi compresi nella medesima zona nella quale dovrà essere rispettato lo *standard* urbanistico vigente.

Si possono sin d'ora individuare i "punti critici" dell'operazione, derivanti essenzialmente dal tipo di interessi coinvolti e dalla tradizionale difficoltà ad immaginare che l'area sovrastante il suolo possa costituire oggetto di trasferimento.

Quanto agli interessi che spingono le parti all'operazione, la dottrina **(3)** che si è occupata del trasferimento di cubatura ne ha variamente giustificato la genesi e il contenuto.

Storicamente, come detto, l'origine del fenomeno viene generalmente ricollegata all'introduzione dei suddetti limiti legali alla proprietà privata nell'utilizzazione edificatoria delle aree **(4)**. La previsione degli *standards* edilizi, ancorando al parametro della superficie edificabile a disposizione dei singoli costruttori la capacità edificatoria dei suoli, ha sostanzialmente introdotto il concetto di "superficie minima edificabile", secondo cui l'attività edilizia sulle aree è consentita solo se a disposizione del costruttore vi sia un'area con la superficie legale minima idonea a "contenere" una determinata volumetria.

Viene così affermato che, per comprendere la nascita e le ragioni che sono alla base dell'istituto *de quo*, occorre guardare alla capacità edificatoria delle singole aree, molto spesso limitata dalle prescrizioni contenute negli strumenti urbanistici e dal frazionamento della proprietà: l'esiguità delle superfici disponibili impedisce la realizzazione delle tipologie edilizie previste dagli strumenti urbanistici in armonia con quelle delle aree contermini, pena la realizzazione di manufatti disomogenei **(5)**.

Un diverso punto di vista è espresso da chi, argomentando dalla serie di vincoli volumetrici - legali o convenzionali - gravanti sulla proprietà edilizia, ritiene che il "sistema" (del trasferimento di cubatura) sia sorto da una delle tante possibili alternative "poste dagli studiosi" al sistema previsto dalla legislazione urbanistica, di cui fanno parte - ad esempio - i comparti edificatori e la perequazione dei volumi **(6)**.

L'incremento di volumetria di un suolo edificabile, come esito della procedura che ci occupa, è stato anche considerato - sotto il profilo economico - quale "bene" patrimonialmente valutabile. Si è affermato così che "l'edificabilità di un'area espressa in termini di volumetria costituisce nella realtà degli affari un valore economico che tende a staccarsi dalla proprietà del suolo per formare oggetto di commercio e di negoziazione autonoma tra i privati" **(7)**. Ciò ha portato a ritenere ammissibile il "conferimento di cubatura in società" in fase costitutiva ovvero in sede di aumento di capitale **(8)**, o più semplicemente ad affermare che l'operazione consente di soddisfare l'interesse alla realizzazione di edifici che abbiano migliori prospettive di mercato, e ciò in una duplice direzione: "per una loro intrinseca maggiore appetibilità e per il risparmio dei costi di costruzione" **(9)**.

Si è anche sottolineato che il commercio della volumetria consente di realizzare, sia pure parzialmente, una forma di perequazione dei valori fondiari nell'ambito di una determinata zona di territorio e pertanto gli interessi coinvolti nel trasferimento di cubatura, non sono solo privati ma anche pubblici, che vengono garantiti dall'onnipresente controllo dell'Autorità **(10)**.

L'incidenza del trasferimento di cubatura sull'assetto urbanistico dei suoli, disciplinato dalle norme comunali, spiega la stretta compenetrazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'operazione, risultando pertanto insufficiente alla realizzazione dello scopo il solo accordo tra privati diretto a determinare l'incremento edificatorio di un fondo a scapito di un altro **(11)**. In posizione estrema, si è addirittura arrivati ad affermare la totale irrilevanza dell'autonomia negoziale per il conseguimento del risultato **(12)**.

Il nuovo ed attivo ruolo dei privati, di contribuire accanto all'Amministrazione nella costruzione di un più razionale assetto urbanistico del territorio, ruolo che acutamente si è definito di "micropianificazione ad iniziativa privata" **(13)**, giustifica il *placet* dell'Amministrazione all'operazione, rilevandosi che l'assenso del Comune è necessario in quanto la cessione di cubatura, rideterminando la densità edilizia su alcune aree ricomprese in una certa zona, ne modifica le "modalità di sfruttamento edilizio", in deroga agli *standards* previsti dagli strumenti urbanistici generali.

Il coinvolgimento di interessi pubblici e privati mette così a nudo la prima difficoltà di inquadramento dogmatico dell'operazione "trasferimento di cubatura". Se infatti si esalta la fase genetica della vicenda, costituita dall'accordo tra i privati proprietari, la disciplina del particolare autoregolamento di interessi andrà individuata nel diritto privato; diversamente, qualora l'attenzione si sposti alla fase conclusiva del procedimento, ponendo l'accento sul provvedimento amministrativo che contribuisce a realizzare l'effetto voluto (autorizzazione al nuovo assetto programmato, concessione edilizia ecc.) è doveroso ricorrere ai principi del diritto amministrativo.

L'intreccio tra il diritto privato e il diritto amministrativo, se "viene bene in luce nella c.d. cessione di cubatura" **(14)** è espressione, in realtà, di un fenomeno più generale che,

sotto la spinta della superfetazione della legislazione specialistica, ha coinciso con la disgregazione del sistema codicistico da un lato e con la sempre meno netta separazione tra diritto privato e diritto pubblico dall'altra **(15)**.

L'altro "punto critico" dell'operazione risiede nella difficoltà ad immaginare che lo spazio aereo, connesso alla proprietà del suolo, possa costituire oggetto di diritti separatamente dalla titolarità del fondo.

Secondo la concezione tradizionale, oggetto dei diritti reali (e quindi oggetto di trasferimento) può essere solo la *res corporalis*, intesa come cosa in senso proprio, cioè porzione della materia **(16)**. Si è quindi affermato che lo spazio non è una cosa, ma semplicemente il mezzo in cui si trova l'oggetto del diritto **(17)**.

E' stata però precisata la portata dell'art. 810 cod. civ. (secondo cui "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti"), nel senso che la norma offrirebbe un criterio di qualificazione solo per quei beni che, nella loro entità materiale, sono definibili cose. Il concetto di "bene", diversamente dal concetto di "cosa", è comprensivo non solo delle cose materiali o corporali (ivi comprese le energie) che, in senso giuridico, sono idonee a soddisfare i bisogni umani, ma anche di altre entità immateriali e di valori che, pur non essendo cose, sono ugualmente utili ed atte a fungere da oggetto di diritti, in relazione ai multiformi interessi tutelati dall'ordinamento **(18)**.

Tuttavia, qualificare la cubatura edificabile come un "bene" in grado di soddisfare svariate esigenze (abitative, lucrative, ecc.) e quindi "astrattamente trasferibile", non chiarisce se oggetto del "trasferimento" sia una situazione giuridica soggettiva attiva inquadrabile tra quelle reali ovvero personali.

Il negozio di cessione di cubatura, incidendo sui rispettivi diritti di proprietà delle parti, potrebbe facilmente riportare alla memoria le costruzioni dogmatiche sulla compressione del diritto di proprietà ad opera di alcune figure di diritti reali minori.

Tuttavia - pur anticipando fin d'ora che non si intende negare la ricostruzione della vicenda in esame in termini di servitù, come operata (soprattutto) dalla "dottrina notarile" - le connotazioni "reali" del fenomeno sfumano ove si sottoponga a verifica l'efficacia nei confronti dei terzi del trasferimento di volumetria nonché il connesso aspetto della tutela **(19)**. In particolare, la non perfetta riconducibilità della vicenda nell'alveo dei diritti reali, con la conseguente inopponibilità ai terzi della ridotta capacità edificatoria del fondo "cedente", ha giocoforza agevolato la catalogazione della figura tra le fattispecie reali atipiche, se non addirittura tra i vincoli di natura personale. Agli interrogativi teorici hanno poi fatto seguito le proposte delle modalità con cui la vicenda negoziale potrebbe realizzarsi sul piano operativo, giungendosi anche a prospettare originali ipotesi ricostruttive **(20)**.

Ma pur ammettendosi che il volume edificabile possa autonomamente "trasferirsi" rispetto al bene cui inerisce, non è ancora possibile giungere ad un risultato appagante sul piano sistematico.

Con l'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi), si è fortemente dubitato che lo *ius aedificandi* possa appartenere a qualsiasi proprietario, con la conseguenza di far vacillare l'attività di disposizione del *dominus* in ordine allo stesso. È stato così affermato che il passaggio dal sistema della licenza a quello della concessione edilizia - lungi dal costituire un fatto esclusivamente terminologico - ha segnato la separazione dello *ius aedificandi* dal contenuto del diritto di proprietà, potendosi leggere nel nuovo provvedimento comunale non più la rimozione di un limite all'esplicazione del diritto di proprietà, ma un atto amministrativo che attribuisce al privato che ne faccia richiesta lo *ius aedificandi* (21). Ciò spiega come la facoltà edificatoria di un fondo, stralciata convenzionalmente dalla proprietà di questo, possa nuovamente essere attribuita al proprietario a seguito di una modifica di imperio dello strumento urbanistico da parte dell'Amministrazione, nell'ipotesi che essa proceda ad un sostanziale aumento degli *standards* edilizi.

Le accennate questioni in ordine alla cessione di cubatura hanno formato oggetto di approfondite indagini non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza. Le pronunce dei giudici sulla natura della fattispecie - principalmente dettate per stabilire il regime fiscale applicabile - sono caratterizzate da un andamento oscillante. Si passa da quelle volte ad individuare nel fenomeno un atto produttivo di non meglio precisati "effetti analoghi a quelli propri di un diritto reale immobiliare", a quelle che, con maggior precisione, fanno riferimento ad un atto costitutivo di "servitù atipica"; da quelle che qualificano l'accordo con il quale una delle parti cede la facoltà di edificare come produttivo di soli effetti obbligatori, fino a quelle in cui l'accordo tra i privati è giudicato "non necessario" ai fini della produzione dell'effetto qui analizzato.

I contrastanti orientamenti manifestati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei confronti dei trasferimenti di cubatura alimentano il dibattito tuttora in corso sulla qualificazione giuridica della figura, che si pone come una pratica viva e dal contenuto economico - sociale decisamente rilevante. Sul tema grava però un'assoluta lacuna legislativa, ed è questa la ragione per la quale - ancora oggi - si parla di "problematica" dei trasferimenti di cubatura.

2. Legislazione e *ius aedificandi*

Come anticipato, uno degli ostacoli teorici all'ammissibilità della cessione di volumetria risiede nel dubbio - avanzato da una parte della dottrina - che non sia rintracciabile tra le facoltà insite nel diritto del proprietario quella di edificare, essendo questa conferita a seguito di specifico provvedimento concessorio.

Un razionale inquadramento sistematico della cessione di cubatura deve necessariamente muovere da un'indagine sulla "fastidiosa" questione dello *ius aedificandi*, verificando se una presa di posizione sull'annosa questione sia o meno pregiudiziale per

comprendere il fenomeno che ci occupa; non a caso tale impostazione metodologica si rinviene in quasi tutte le trattazioni dottrinali della figura in esame.

Il disagio che avverte il civilista quando è chiamato ad indagare sulla natura giuridica dello *ius aedificandi*, per spiegare l'incidenza dei negozi giuridici di diritto privato sulle situazioni proprietarie, risiede nella pressoché totale riconduzione della disciplina di questo diritto nella legislazione speciale, a conferma del carattere extracodicistico della proprietà edilizia **(22)**.

L'inquadramento unitario della materia è reso difficoltoso dalla progressiva stratificazione nel tempo delle leggi urbanistiche, che hanno variamente regolato la facoltà per il proprietario di edificare sul proprio fondo. La disarmonia del sistema è stata inoltre accresciuta dagli interventi della Corte Costituzionale le cui pronunce, quando non giudicate "oscurissime" o "apodittiche" **(23)**, sono state oggetto di letture giudicate talvolta eccessivamente formalistiche **(24)**.

Può affermarsi che fino alla legge n. 765/1967 lo *ius aedificandi* rappresentava una prerogativa del proprietario, sia pure nella misura e con i limiti fissati dagli strumenti urbanistici, e salva in ogni caso, in mancanza di simile determinazione, la necessità dell'osservanza degli *standards* legali **(25)**.

Già prima della legge urbanistica del 1942 lo *ius aedificandi* era considerato come mera estrinsecazione del generale diritto di proprietà e, come tale, era sottoposto alle stesse garanzie ed alla stessa disciplina prevista in linea generale per quest'ultimo **(26)**.

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 **(27)**, 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 **(28)**.

Ben presto però il legislatore si è trovato a dover fronteggiare l'aumento della densità abitativa, soprattutto nei grandi centri urbani. Così, pressato da un lato dalla necessità di continuare a garantire le esigenze sanitarie, igieniche e di sicurezza; dall'altro, dalla necessità di consentire un corretto sviluppo dei suoli edificabili e di controllare lo sviluppo urbanistico della città, vara la legge urbanistica del 1942, che ha tra i suoi obiettivi la regolamentazione de "l'assetto e l'incremento edilizio dei centri abitati", dello "sviluppo urbanistico in genere sul territorio", nonché di "frenare la tendenza all'urbanesimo" (art. 1 L.U.).

Il perseguimento di questi obiettivi, sotto la vigenza della legge n. 1150/1942, non può dirsi abbia ottenuto i risultati sperati, registrandosi la concreta inoperatività degli strumenti all'uopo predisposti, quali i piani regolatori generali e i piani particolareggiati. Infatti, mentre i primi avrebbero permesso la creazione delle infrastrutture di base sul territorio comunale, gli altri avrebbero dovuto attuare le prescrizioni dei primi. In realtà, spesso per responsabilità delle amministrazioni locali **(29)**, né i piani particolareggiati, né -

in molti casi - i piani regolatori generali vennero approvati, innescandosi così le premesse per la diffusione di prassi deprecabili, come l'emissione di licenze edilizie in deroga agli strumenti urbanistici generali **(30)**.

Fu così che la mancata attuazione della pianificazione portò, questa volta per frenare dannosi fenomeni speculativi, all'emanazione della riforma "ponte" (legge n. 765/1967) che fissò a monte, mediante la previsione degli *standards*, un minimo di pianificazione territoriale. Inoltre, come corollario degli indici minimi di edificabilità, venne introdotta - ed è questa l'altra grande novità - la necessità di ottenere la licenza edilizia per ogni intervento edificatorio, compreso quello attuato fuori dalle aree non incluse nei P.R.G. o nei programmi di fabbricazione: in quest'ultimo caso, il rilascio della licenza veniva preceduto dalla verifica del rispetto degli *standards* minimi e non - come per le zone incluse nei programmi - dalle prescrizioni di piano.

Ma in questa fase non si intravede ancora lo spazio per una vera e propria scelta discrezionale dell'Amministrazione nel rilascio della licenza, dal momento che il raffronto tra gli interessi privati e quelli pubblici viene effettuato preventivamente, in sede di formulazione dello strumento urbanistico, anche se qualcuno già afferma che la "disciplina generale delle aree non attribuisce ai proprietari la facoltà di sceglierne l'uso in relazione alla edificabilità, ma la attribuisce ai poteri pubblici" **(31)**.

Contro tale opinione giunge la sentenza n. 55 del 29 maggio 1968 della Corte Costituzionale **(32)** che, chiamata a giudicare sui vincoli di inedificabilità previsti a carico della proprietà privata **(33)**, afferma che lo *ius aedificandi* è ricompreso nel diritto di proprietà delle aree edificabili **(34)**.

Dopo tale decisione furono apportate modifiche ed integrazioni alla legge urbanistica n. 1150 del 1942 con la legge 19 novembre 1968, n. 1187, i cui artt. 1 e 5 sostituirono rispettivamente gli artt. 7 e 40 della precitata legge urbanistica, attribuendo al P.R.G. tra l'altro: *a)* la divisione in zone del territorio comunale, con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano; *b)* la determinazione dei vincoli e dei caratteri da rispettare in ciascuna zona, con esclusione, per tali limitazioni e vincoli, del diritto all'indennizzo; *c)* l'indicazione delle aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico, ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale.

Con l'art. 2 della legge n. 1187/1968, inoltre, si stabilì che le indicazioni del P.R.G., nella parte in cui incidono su beni determinati e li assoggettano a vincoli preordinati all'espropriazione od a vincoli che comportano l'inedificabilità, perdono ogni efficacia qualora entro cinque anni **(35)** dall'approvazione del P.R.G. non siano stati adottati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati.

Solo con la legge n. 10 del 1977 si stabilisce chiaramente che ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia, è "subordinata a concessione da parte del sindaco".

Il dato veramente nuovo di tale legge, oltre alla previsione di una partecipazione agli oneri concessori a carico del proprietario-costruttore, è il passaggio dal sistema della licenza a quello della concessione; il passaggio cioè da un tipo di provvedimento autorizzatorio (che rimuove un limite all'esplicazione di un diritto che si ha) a quello concessorio (attributivo di un diritto prima inesistente nel patrimonio dell'istante).

In seguito a questa legge, i sostenitori della riserva a favore dello Stato della facoltà di edificare non hanno più difficoltà ad affermare che lo *ius aedificandi* si è scisso dal diritto di proprietà, ritenendo che il primo, proprio perché oggetto di una "concessione" non appartenga al privato, il quale può ottenere la concessione edilizia dietro il pagamento di un contributo, da intendersi come corrispettivo per l'uso di un bene pubblico (lo *ius aedificandi*), in base alle utilità che ne trae il concessionario e alle dimensioni dell'intervento **(36)**.

Gli argomenti principali **(37)** a sostegno della suddetta tesi sono stati criticati da chi, negando l'avvenuto scorporo tra proprietà e *ius aedificandi*, ha ritenuto che le scelte discrezionali della pubblica amministrazione, ed il correlativo potere di incidere sulle situazioni giuridiche del privato, arrestino con l'adozione degli strumenti urbanistici generali. E' in tale momento infatti che la valutazione degli interessi pubblici e privati determina le modalità attraverso cui potrà esercitarsi la *facultas aedificandi*, con la conseguenza che, risultando rigorosamente determinati i parametri ai quali dovrà conformarsi l'Autorità preposta al rilascio dell'atto di concessione, questo si porrà come essenzialmente vincolato, residuando al Comune ambiti di discrezionalità amministrativa assai limitati **(38)**.

Si è inoltre osservato che la distinzione tra "licenza" e "concessione edilizia", stante il testuale richiamo operato dall'art. 4, comma 1, legge n. 10/1977 alla nuova formulazione dell'art. 31 della legge n. 1150/1942, è solo formale, risolvendosi in un argomento essenzialmente terminologico **(39)**, e che la previsione della legittimazione alla richiesta di rilascio della concessione edilizia a favore del proprietario del fondo interessato (e degli altri soggetti aventi titolo per richiederla), chiarirebbe la perdurante titolarità dello *ius aedificandi* in capo al proprietario. Ma anche l'argomento innovativo facente leva sulla "pretesa" onerosità della concessione, è stato ridimensionato, dal momento che segnerebbe il passaggio "da un sistema che consentiva al proprietario di appropriarsi liberamente di tutto l'aumento di valore che la prospettiva edificatoria comportava, ad un sistema in cui una parte, anche notevole, di tale aumento di valore viene destinata alla collettività" **(40)**.

Ad alimentare il dibattito sulla natura dello *ius aedificandi* è intervenuta nuovamente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 5 del 30 gennaio 1980 **(41)**, ribadendo che esso continua ad essere parte integrante del contenuto del diritto di proprietà dei suoli. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 865 del 1971 (artt. 16 e 20, modificati dagli artt. 14 e 19 della legge n. 10 del 1977), le quali escludevano che in sede di espropriazione si tenesse conto della suscettibilità edificatoria dei suoli, ai fini

della determinazione della misura dell'indennità. La pronuncia, pur non incidendo direttamente sulle altre disposizioni della legge n. 10/1977, ne ha fortemente condizionato le possibilità attuative oltre che a minarne il supporto logico **(42)**.

L'interesse al dibattito intorno allo *ius aedificandi* - sopra tracciato solo per grandi linee - va spiegato con l'esigenza di comprendere un fenomeno che, in senso lato, sembra intaccare il contenuto del diritto di proprietà, anche se per la verità negli ultimi anni l'interesse degli studiosi sul tema sembra essere scemato **(43)**, forse più attratti dalla stimolante discussione sviluppatasi con l'entrata in vigore della legge sul condono edilizio, o probabilmente, a seguito di quella che è stata indicata come crisi della "scientificità della categoria" **(44)**.

Per quanto qui interessa, coglie probabilmente nel segno l'opinione secondo cui la problematica relativa alla qualificazione dello *ius aedificandi* ed alla sua attribuzione, può essere considerata irrilevante al fine dell'inquadramento giuridico dei trasferimenti di cubatura **(45)**.

L'affermazione necessita però di alcuni chiarimenti, anche al solo fine di rimarcare una certa diversità tra lo *ius aedificandi* e le facoltà proprietarie.

Stabilire se lo *ius aedificandi* appartenga al proprietario o sia stato avocato alla mano pubblica risulta indifferente, in particolare, per quelle teorie che qualificano l'accordo di cessione di cubatura quale negozio ad effetti obbligatori e non reali, dal momento che, con tale negozio, il proprietario non "trasferirebbe" qualcosa all'*accipiens* e la stessa titolarità attuale del diritto negoziato non sarebbe un elemento necessario del contratto **(46)**.

Comunque è da ritenere che sia indifferente specificare la natura dello *ius aedificandi* anche quando al negozio *de quo* si vogliono riconnettere effetti reali e pur se il negozio non miri al "trasferimento" di un *quid*.

In tal senso occorre rilevare come tutta la questione dei trasferimenti di cubatura, prima dell'assenso dell'autorità comunale all'operazione, si agiti nel campo dei diritti reali ed in particolare sulle deroghe al principio del *numerus clausus* degli stessi. In ragione di ciò va distinta la fase di incidenza sulla situazione proprietaria *privata* dalla fase del rilascio del provvedimento amministrativo, che investe il successivo profilo *pubblicistico*. Ciò impone l'esame separato della disciplina privatistica delle situazioni di appartenenza sui beni immobili (che regola la titolarità e i trasferimenti di titolarità di tali situazioni **(47)**), dalla disciplina della proprietà edilizia (che così come definita dalla *relatio* del codice civile, si risolve in un duplice controllo pubblico: sulle attività edilizie e sull'uso del territorio).

Si osserva però che tutte le teorie sullo *ius aedificandi* postulano, in ultima analisi, il riferimento *tout court* ad una facoltà proprietaria, sia che il potere di edificare si faccia risalire *naturaliter* al privato sia che lo si riferisca, invece, alla pubblica amministrazione **(48)**. E la stessa giurisprudenza non disdegna questa impostazione, poiché è dato leggere nelle pronunce sul trasferimento di cubatura che "per volontà delle parti e attraverso

l'assenso del comune, si verifica il trasferimento di una delle facoltà in cui si estrinseca la proprietà fondiaria" **(49)**.

In realtà, la totale riconduzione dello *ius aedificandi* alle facoltà espresse dalla proprietà-godimento, per la sua genericità, comporta il rischio di operare una confusione tra lo statuto della proprietà privata e quello della proprietà edilizia, così come tracciato dal codice civile (artt. 869, 872 c.c.), con il risultato di sovrapporre i due piani di disciplina **(50)**.

La *facultas aedificandi* sul proprio fondo non va intesa come una situazione giuridica tutelabile indifferentemente dalle norme di diritto privato o da quelle della legislazione speciale, poiché lo stesso codice civile distingue, all'interno delle leggi speciali e dei regolamenti edilizi comunali, le disposizioni che integrano e modificano il codice civile nella parte relativa ai rapporti tra proprietari, da quelle che invece lo completano nelle disposizioni concernenti gli interessi di ordine generale (esigenze estetiche ed igieniche), facendone scaturire conseguenze diverse in ipotesi di loro violazione (art. 872 c.c.): risarcimento del danno ed eliminazione dell'opera abusiva per la violazione delle norme sulle distanze nelle costruzioni, solo il risarcimento del danno senza la riduzione in pristino per la violazione di norme a tutela di un interesse pubblico **(51)**.

Ora, su un piano più generale, se è vero che i diversi regimi giuridici possono sovrapporsi quando la violazione di norme edilizie produce conseguenze anche sui rapporti privati (come quando, ad esempio, restano inadempiti gli obblighi di eseguire le opere di urbanizzazione - contenuti nelle convenzioni edilizie o nelle c.d. impegnative - posti a carico dei privati **(52)**), è anche vero che allo *ius aedificandi* **(53)** deve ritagliarsi e conservarsi una propria autonomia giuridica rispetto alle situazioni proprietarie tradizionali **(54)**.

Sotto altro profilo si è osservato che anche sul piano terminologico lo *ius aedificandi* non si identifica con il diritto vantato sulla cosa, dal momento che indica il potere di compiere attività materiali di trasformazione delle cose immobili, che sono disciplinate dal diritto positivo in maniera autonoma, e che non rientrano nelle indifferenziate attività cui di fatto il proprietario su una cosa immobile può dar corso, con il solo limite - negativo - costituito dagli atti emulativi (art. 833 c.c.) **(55)**.

Da qui la necessità che il titolare del potere sulla cosa immobile, per esplicitare quelle particolari attività, acquisisca anche la titolarità di un potere autonomo rispetto a quello vantato sulla cosa **(56)**.

A riprova della correttezza dell'impostazione testé riferita, può guardarsi ai rischi che si nascondono dietro ad un uso promiscuo della categoria - eccessivamente generica - dello *ius aedificandi*, con la conseguenza di confondere le diverse utilità ricavabili dalla titolarità sulla cosa.

Si è così chiarito che un conto è rimarcare l'estraneità alla condizione del proprietario immobiliare del potere di edificare, potere che è possibile acquisire solo *ab externo*, in base ad un provvedimento amministrativo conforme alle previsioni di piano; altro conto è

dubitare, sul piano più strettamente privatistico, della stessa sussistenza nel nostro ordinamento del diritto di superficie, nella forma della concessione *ad aedificandum* **(57)**.

Dall'esempio sembra che la prima ipotesi faccia riferimento ad una situazione di legittimazione (a richiedere la concessione edilizia), mentre l'altra alluda ad una situazione di titolarità, che viene regolata - come detto - dalla disciplina privatistica delle situazioni di appartenenza a base proprietaria. Quest'ultima disciplina è dettata dalla duplice esigenza di garantire al proprietario che nessuna trasformazione significativa dell'immobile possa essere intrapresa da soggetti non legittimati, come anche di predisporre - una volta sorta la situazione di appartenenza - adeguate azioni per tutelarla ed idonei strumenti negoziali per favorirne la circolazione **(58)**.

Sempre restando sul piano terminologico, la dialettica tra lo *ius aedificandi* e le prerogative proprietarie tradizionali si è arricchita di un nuovo spunto, assistendosi ad una tendenziale dilatazione del contenuto di quel potere: lo *ius aedificandi* non individua più solo l'attività di edificazione, rispetto alla quale - storicamente - si è posto il problema di definire una connotazione separata rispetto alla disciplina generale della "proprietà", sia sotto il profilo dei rapporti di vicinato che sotto il profilo della disciplina urbanistica **(59)**. Ciò è evidenziato dall'art. 1 della legge n. 10/1977, secondo il quale è subordinata a concessione da parte del sindaco, "*ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale*", ed è lecito affermare che lo *ius aedificandi*, nella nuova disciplina dell'uso del territorio, lungi dal coincidere con la sola edificazione, diventi espressione comprensiva di tutte le attività di trasformazione del suolo, non solo materiale **(60)**.

L'ultimo elemento che fa propendere per la sottrazione della questione dello *ius aedificandi* alla problematica dei trasferimenti di cubatura, va rinvenuto nella nuova concezione che si è sviluppata su quel diritto, a conferma di una diversità sempre più marcata tra lo *ius aedificandi* e le facoltà inerenti alla proprietà in senso tradizionale.

Da tempo la dottrina afferma che risulta inattendibile una considerazione dello *ius aedificandi* quale contenuto naturale del diritto di proprietà, con gli stessi limiti del rapporto di proprietà, proponendo invece di individuare un certo "modulo di attività", avente le premesse e la ragione storica nel diritto di proprietà, ma da questo ormai separato e, in ogni caso, modellato in astratto dall'ordinamento **(61)**.

Per giungere a tale conclusione si parte dalla constatazione che le attività comprese nella nozione di *ius aedificandi* sono indubbiamente economiche, nell'accezione dell'art. 41 Cost., attività che pur non essendo necessariamente imprenditoriali, consistono tuttavia nella produzione di utilità non giuridiche ma economiche **(62)**. L'esame della disciplina giuridica dei beni economici conduce inevitabilmente ad individuarne la funzionalità rispetto ad un ordinamento diverso e distinto che è quello dell'impresa **(63)**.

Le suesposte considerazioni sembrano trovare conferma nella legge n. 10/1977, dove è possibile distinguere attività edificatorie prive del carattere "imprenditoriale" (art. 9),

per le quali è escluso il contributo per il rilascio della concessione, dalle altre attività per le quali è previsto l'onere delle spese di urbanizzazione primaria e secondaria (art. 3).

In conclusione, nella fase genetica della cessione di cubatura sono coinvolte prerogative della proprietà in senso tradizionale e non lo *ius aedificandi*, e ciò spiega come in tale fase venga il rilievo il ruolo dell'autonomia negoziale e come il problema del rapporto tra l'intervento dell'Autorità, a tutela di interessi superindividuali, e quel negozio si ponga solo in fase successiva.

3. La posizione giurisprudenziale

Dall'analisi delle pronunce sul trasferimento di cubatura, che si sono susseguite nell'arco di circa trent'anni, è possibile cogliere tutto il disagio legato alle già accennate difficoltà di inquadramento della materia, a cavallo tra il diritto privato e il diritto pubblico.

In linea di massima è possibile individuare tre "filoni giurisprudenziali".

1) Inizialmente gli interventi della giurisprudenza di legittimità sul trasferimento di cubatura non scaturirono da istanze classificatorie.

La qualificazione della figura operata dalle prime pronunce, infatti, avvenne in funzione del diverso e principale problema fiscale sollevato dinanzi alla Suprema Corte. In particolare si chiedeva se il trasferimento di cubatura avesse dovuto essere sottoposto alle norme della legge 2 luglio 1949 n. 408 (c. d. legge Tupini), e dunque se usufruisse delle agevolazioni previste da questa legge per i trasferimenti immobiliari; o al contrario, come obiettava l'Amministrazione delle Finanze, se occorresse considerare il trasferimento di cubatura fuori dalla previsione di quella legge, e pertanto da tassare analogamente ai trasferimenti immobiliari contemplati dall'art. 1 della tariffa all. "A" della legge di registro.

L'orientamento di queste pronunce **(64)** - che è da considerarsi tuttora prevalente, nonostante si sia arrestato al 1988 - può essere indicato come il *trend* "piemontese", occasionato dalla necessità di risolvere i problemi pratici sorti nell'attuazione delle cessioni di cubatura previste per la prima volta dal P.R.G. di Torino **(65)**.

Quest'ultimo, agli artt. 6, 18, 19 e 34, stabilisce la densità di costruzioni edilizie consentita per alcune zone, espressa in metri cubi per metri quadrati di suolo edificatorio. La facoltà di costruire si determina con riguardo alla "densità media" riferibile a tutta la zona, e si esprime nella cubatura spettante a ciascuna parte edificabile, singolarmente considerata. Poiché la densità stabilita per la zona rappresenta una *media complessiva*, la cubatura spettante a ciascuna area edificabile può essere trasferita ad altre aree ricomprese nella zona, e cioè su diversa proprietà, con il consenso dell'Autorità comunale.

I giudici affermano che per effetto di tale trapasso di cubatura, il proprietario dell'area distacca in tutto o in parte la facoltà di costruire, inerente al suo diritto dominicale, nei limiti consentiti dal P.R.G. e, formando un diritto a se stante, lo trasferisce definitivamente all'acquirente.

Per effetto di ciò, il cedente "perde" il diritto di costruire su detta area e tale diritto "acquista", invece, il proprietario del fondo al quale viene trasferita la cubatura. Pertanto, "attraverso il consenso del comune, si verifica, per volontà dei privati contraenti, il trasferimento di una delle facoltà, in cui si estrinseca la proprietà e, cioè, quella di costruire, onde il cessionario della cubatura può costruire, sul suo fondo, nei maggiori limiti consenti dalla cessione", per concludere che "gli effetti reali dell'oggetto della cessione, che viene ad accrescere la facoltà di edificare spettante al proprietario cui la cubatura è ceduta, con efficacia *erga omnes*, sono analoghi a quelli dei trasferimenti a titolo oneroso di diritti reali immobiliari, previsti dall'art. 1 della Tariffa" **(66)**.

La difficoltà ad inquadrare il non meglio precisato trasferimento di diritti reali immobiliari negli schemi legali, fa dapprima affermare che "i diritti reali, i quali sono suscettibili di possesso giuridico, soggiacciono al principio del *numerus clausus* e devono dunque essere sussumibili nei paradigmi legislativi che compongono tale *numerus*" **(67)**, per poi giudicare "irrilevante" qualificare un rapporto - quale quello instaurato dalla cessione di cubatura - come servitù, che si caratterizza per "una *utilitas* fornita dal fondo servente con carattere di permanenza", quando invece il detto rapporto "si sostanzia in una facoltà di costruire, da esercitarsi *una tantum*" **(68)**.

Non è mancato comunque - anche se attraverso qualche "equilibrismo giuridico" - il ricorso alle figure dei diritti reali tipici. Ad esempio, quando si è affermato che il concetto di "acquisto di area fabbricabile", contemplato dall'art. 14 della legge Tupini, va inteso estensivamente, dovendosi ricomprendere anche l'acquisto di una concessione *ad aedificandum*, perché nelle intenzioni del legislatore ciò che effettivamente rileva non è l'oggetto in se dell'area, ma l'attributo finale della sua edificabilità. Quindi, si è prima osservato che "acquisto di area edificabile e acquisto di cubatura edificabile diventano concetti equivalenti" **(69)**, per arrivare in seguito a stabilire che "non è veramente diversa l'ipotesi dell'acquisto di cubatura dall'ipotesi del diritto di superficie o di sopraelevazione acquistato su fondo altrui" **(70)**.

Sotto un diverso profilo, nella ricerca di una giustificazione logico-giuridica al dedotto "trasferimento", viene precisato che risolvendosi l'operazione in una "rinuncia a costruire che trova causa in un corrispettivo, assume il carattere indubbio di una cessione di diritto con efficacia traslativa, non automatica, ma volontaria, a favore di un soggetto prescelto, il quale paga un corrispettivo non irrilevante, onde la cessione è a titolo oneroso, e produce nel cessionario una facoltà di edificare con effetti *erga omnes*, analoghi agli effetti dei trasferimenti di diritti reali" **(71)**.

Volendo individuare i punti salienti dell'orientamento sopra esposto, può dirsi che oltre all'affermazione secondo cui il trasferimento di cubatura produce un effetto analogo a quello proprio dei trasferimenti di diritti reali immobiliari, viene anche rilevata l'imprescindibilità dell'autonomia negoziale, che è elevata a presupposto dell'intera operazione, accanto all'intervento amministrativo.

2) La centralità dell'autonomia negoziale traspare in modo più marcato in un secondo gruppo di pronunce che propendono per la qualificazione del rapporto instaurato con la cessione di cubatura come servitù **(72)**.

Secondo il S.C., la necessità dell'atto negoziale trova ragione, come nel caso dei vincoli di inedificabilità, per soddisfare le "esigenze di certezza giuridica e di effettività delle previsioni urbanistiche" **(73)**. A sostegno della tesi viene richiamato un lontano precedente giurisprudenziale **(74)**, in cui si discuteva di un piano di lottizzazione predisposto da privati, nel quale si prevedeva la redistribuzione tra fondi confinanti delle quote di edificabilità. In quell'occasione la Corte aveva concluso che il piano, benché non avesse acquistato rilevanza nell'ambito del diritto pubblico per mancata preventiva autorizzazione dell'autorità comunale, ai sensi dell'art. 28 della legge urbanistica 1150/1942, conservava *inter partes* piena validità di convenzione *iure privato*.

Lungi dal ricorrere a generiche "concezioni traslative", accolte nelle precedenti ricostruzioni giurisprudenziali (peraltro mai richiamate), viene inoltre chiarito che le pattuizioni con le quali vengono imposte, a carico di un fondo e a favore del fondo confinante, "limitazioni di edificabilità", restringono permanentemente i poteri connessi alla proprietà dell'area gravata e mirano ad assicurare, correlativamente, particolari utilità a vantaggio del proprietario dell'area contigua. Si aggiunge **(75)** che "pattuizioni siffatte si atteggianno, 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", per infine precisare che si tratta di "servitù prediale a contenuto atipico e, pertanto trascrivibile" **(76)**.

Anche in quest'orientamento si fa riferimento ad una "rinuncia" del proprietario "cedente", ma non viene precisato tuttavia che questa è traslativa di un "diritto" di quest'ultimo. E' detto invece che il cedente, "nell'esercizio di una facoltà rientrante nell'ambito della normale esplicazione del diritto di proprietà" può rinunciare "a vantaggio del fondo confinante, a parte della cubatura da lui utilizzabile per la costruzione di edifici sul proprio fondo" **(77)**.

Questo secondo gruppo di pronunce, qualificando come servitù di non edificare (anche se atipica) il trasferimento di cubatura, lascia un ruolo ancora centrale all'autonomia negoziale che però, in tutte le sentenze finora esaminate, non è determinante ai fini del trasferimento di cubatura, rispetto al quale una funzione decisiva viene rivestita dall'intervento dell'Autorità comunale che, preso atto della "rinuncia del cedente", consente la rideterminazione degli indici di edificabilità programmati dalle parti.

3) Al ruolo della P.A. viene ricollegato uno spazio sempre maggiore dall'ultima *tranche* di sentenze che ci apprestiamo ad esaminare **(78)**; più esattamente, il ruolo attribuito al provvedimento amministrativo nel trasferimento di cubatura prevarica grandemente quello del negozio di diritto privato.

In alcune pronunce è ancora riconosciuto uno spazio all'autonomia privata, se è dato leggere che "il c.d. trasferimento di cubatura presuppone il perfezionamento di un accordo" **(79)** dal contenuto sufficientemente noto; subito dopo però si afferma che "l'accordo ha un'efficacia solo obbligatoria tra i suoi sottoscrittori" e che a "determinare il trasferimento di cubatura tra le parti e nei confronti dei terzi è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato che, a seguito della rinuncia, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario".

A questa tesi - che nonostante tutto, salva il ruolo dell'autonomia privata - si contrappone quella che, in modo più marcato, giudica "non necessario un atto negoziale privato diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico tra le parti, quando, per realizzare il rapporto area - volume prescritto dalla legislazione urbanistica, sia indispensabile destinare la proprietà di un terzo al servizio del costruendo edificio" **(80)**. In quest'ottica è stato chiarito che l'accordo, nei rapporti esterni, rileva unicamente come "impegno del proprietario *cedente* a prestarsi presso la Pubblica Amministrazione alla rinuncia a utilizzare per sé la cubatura mancante al *cessionario*, con effetto preliminare all'essenziale momento costitutivo rappresentato dall'intervento dell'ente pubblico con l'emissione della licenza".

Le affermazioni citate sono state, più recentemente, riprese da un'altra pronuncia, ove si afferma che "secondo il condiviso insegnamento della dottrina e della giurisprudenza, quando, per realizzare il rapporto area - volume prescritto dalla legislazione urbanistica, sia indispensabile destinare la proprietà di un terzo al servizio del costruendo edificio, non è necessario un atto negoziale privato, diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico tra le parti, poiché la cessione di cubatura si realizza *in virtù del solo provvedimento amministrativo* di concessione edilizia, che ha effetto verso i terzi e tra le parti" **(81)**.

Gli stessi giudici, ritenendo poi che il vincolo di asservimento sorga esclusivamente per effetto del provvedimento concessorio, non indagano più sulla qualificazione giuridica dell'operazione, così che, per giustificare l'intervento del proprietario cedente, si ritiene sufficiente una semplice *adesione* al progetto da parte di colui che cede la propria cubatura; adesione che - viene chiarito - può essere espressa in varie forme: con autonomo atto di rinuncia rivolto al cessionario, o con una dichiarazione rivolta al Comune ed espressa mediante istanza congiunta per ottenere la concessione, oppure con successivo atto di notifica o di ratifica. In particolare, con riferimento a quest'ultima modalità, è stato affermato che sarebbe all'uopo sufficiente anche la semplice "sottoscrizione delle tavole planimetriche".

Viene così obliterato quell'orientamento che ritiene essere l'asservimento di un'area "concetto giuridico e non empirico", e che "la destinazione deve risultare da un impegno del privato proprietario *recepto* in sede di rilascio della licenza edilizia, ovvero *da una clausola apposta alla licenza stessa*" **(82)**.

Non sembra però che una mera sottoscrizione apposta agli allegati planovolumetrici del progetto possa essere sufficiente a manifestare quell'impegno, come non sembra sufficiente quella sottoscrizione per eliminare i rischi legati alla mancanza di un preventivo consenso negoziale, libero e cosciente, all'operazione che si esamina, nel caso ad esempio di permuta di cosa presente (la cubatura) con cosa futura (un'unità immobiliare da costruire).

Si pensi all'ipotesi in cui il proprietario di un fondo si rivolga al Comune e chieda una concessione edilizia "maggiorata" - riservandosi di integrare la documentazione - pur non avendo ancora conseguito la volumetria necessaria. Successivamente egli si accorda con i proprietari delle aree confinanti per trasferire a questi ultimi, dietro corrispettivo, gli appartamenti da costruire e subordinando tutta l'operazione al rilascio della concessione amministrativa. Ottenute le sottoscrizioni dai futuri acquirenti su tutta la "documentazione necessaria per l'acquisto", compreso l'atto di costituzione del futuro condominio, le tavole planimetrie, gli estratti catastali e quant'altro, il proprietario costruttore torna in Comune e deposita il tutto, integrando così la documentazione necessaria per l'ottenimento della concessione, compresi i "consensi per l'ottenimento del provvedimento amministrativo richiesti dall'autorità comunale" **(83)**. Può così capitare, con estrema facilità, che la sottoscrizione della documentazione avvenga senza che i cedenti si siano effettivamente rappresentata l'importanza di simile atto che potrebbe privarli non solo di una parte ma di tutta la volumetria disponibile.

4. Il trasferimento di cubatura nelle ricostruzioni dottrinali

Il disagio dei giudici nella classificazione del trasferimento di cubatura è stato avvertito anche dagli Autori che se ne sono occupati, particolarmente da coloro che, nel tentativo di spiegare la dinamica dell'operazione, hanno attinto ad istituti tipici dell'ordinamento. Tale *modus operandi*, se ha sacrificato la semplicità a vantaggio di soluzioni talvolta macchinose, non ha comunque impedito di approdare a ricostruzioni particolarmente convincenti.

L'esigenza di ricorrere ad istituti tipici come quello della *servitù* è stata avvertita soprattutto dalla dottrina notarile **(84)**, per la quale il ricorso - sul piano operativo - a figure atipiche è un rimedio sussidiario, da impiegare solo dopo aver valutato come impossibile l'utilizzazione dei diritti reali tipici.

Vi è consapevolezza all'interno di questa opinione che l'accoglimento della tesi della *servitù* tipica, concepita come "*non aedificandi*" o "*altius non tollendi*" (a seconda della totalità o parzialità della volumetria trasferita), di per sé non è sufficiente a realizzare lo scopo che le parti si sono prefissate, ritenendosi pur sempre necessario il provvedimento comunale a determinare l'incremento edificatorio di un fondo rispetto all'altro. E' evidente infatti che se la costituzione della *servitù* spiega il vincolo di inedificabilità, tendenzialmente

perpetuo, che si viene a costituire sul fondo servente, non giustifica l'ulteriore e maggiore risultato che intende ottenere il proprietario del fondo dominante: vale a dire la "disponibilità" ulteriore di volumetria.

Pertanto, gli effetti che le parti si prefissano di raggiungere con la costituzione della servitù restano condizionati all'autorizzazione del Comune.

Quest'ultimo elemento è stato variamente qualificato: come *condicio iuris* **(85)** perché prevista dal P.R.G.; come *condicio facti* **(86)** perché, come ha affermato la giurisprudenza, la cessione di cubatura è una fattispecie che si può realizzare anche in assenza di una espressa previsione contenuta negli strumenti urbanistici; come *presupposizione* **(87)** in quanto il rilascio della concessione edilizia maggiorata è una situazione di fatto futura, comune ad entrambi i contraenti, di carattere oggettivo ed indipendente dalla loro volontà, che le parti hanno tenuto presente durante l'*iter* formativo del negozio, pur non facendone in esso espresso riferimento.

Si è quindi ritenuto **(88)** che l'impiego dell'istituto della servitù di non edificare, per determinare il "trasferimento di cubatura", debba essere accompagnato da un contestuale atto d'obbligo unilaterale nei confronti della Pubblica Amministrazione da parte del cedente, ovvero dall'assunzione di uno specifico obbligo contrattuale di questo di porre in essere l'atto d'obbligo a richiesta del cessionario, che viene eventualmente costituito mandatario *in rem propriam* a tal fine. L'atto d'obbligo, ricevuto e accettato dalla Pubblica Amministrazione, rende irrevocabile verso quest'ultima la volontà del privato "cedente", consolidando anche sotto il profilo pubblicistico gli effetti già verificatisi sul piano privatistico.

Un'opinione in parte divergente ha sostenuto che la costituzione di un vincolo reale di inedificabilità, connesso ad un incremento di utilità a vantaggio di un fondo e, corrispondentemente, ad un decremento a carico di un fondo finitimo, se depone a vantaggio della costituzione di una *servitus non aedificandi*, ne giustifica tuttavia una variante allo schema tradizionale.

Si è quindi profilato il ricorso alla servitù di non edificare *finalizzata* o *qualificata* **(89)**, in cui il peso gravante sul fondo servente consisterebbe non solo in un *non facere* (non edificare), ma anche in un *pati* (sopportare che, su un certo fondo confinante, insista una costruzione di volume superiore agli indici di densità edilizi stabiliti dallo strumento urbanistico). Si precisa che il *pati*, inerente al fondo servente, si traduce nella incontestabilità, da parte del proprietario di tale fondo, della costruzione maggiorata che può realizzarsi nel fondo vicino, e quindi dei provvedimenti amministrativi che la consentano; inoltre, "il contenuto negativo della servitù in questione va inteso in modo diverso, e più limitato rispetto alla normale *servitus non aedificandi*", poiché l'obbligo di non edificare per quella certa cubatura che è ammessa dallo strumento urbanistico vigente non impedisce al proprietario del fondo servente di sfruttare l'eventuale cubatura aggiuntiva che possa essere prevista da futuri strumenti urbanistici.

La tesi della *servitus non aedificandi* è stata criticata, obiettandosi principalmente che difetterebbero in questo caso alcuni elementi costitutivi delle servitù prediali.

Innanzitutto, poiché il trasferimento di cubatura può essere (e viene in pratica) attuato anche tra fondi non contigui e talvolta lontani tra loro, verrebbe violato il brocardo "*praedia vicina esse debent*" **(90)**. Tuttavia si è fatto rilevare **(91)** che il requisito della *vicinitas*, non sancito dal legislatore, è stato abbandonato dalla giurisprudenza e dalla dottrina e che la localizzazione dei due fondi non è rilevante laddove non incida sulla possibilità di esercizio della servitù. Si è così concluso che nel trasferimento di cubatura la contiguità tra i fondi deve essere considerata solo con riguardo alla zona in cui entrambi devono essere compresi.

Si è inoltre evidenziato che lo schema della servitù, per quanto elastico, è inadatto ad accogliere anche il trasferimento di cubatura, e ciò per la ragione che per quanto atipico possa essere il contenuto della servitù, questo rimane pur sempre collegato ad un'*utilitas* permanente che il fondo dominante riceve da quello servente, mentre nel caso in esame l'utilità (per l'*accipiens*) si esaurisce con il rilascio della concessione edilizia per la cubatura desiderata **(92)**.

In senso contrario si è obiettato **(93)**, sotto un duplice profilo, che secondo recenti ricostruzioni dottrinali l'*utilitas* nelle servitù può essere anche solo temporanea **(94)**, ed inoltre che l'utilità nel caso di specie non è nel provvedimento di concessione, ma nella possibilità di tenere e godere una costruzione nella misura aumentata.

Infine, sotto il diverso aspetto dell'opportunità del ricorso allo schema della servitù, si è affermato **(95)** che risulta eccessivo l'impiego di tale istituto rispetto alle finalità economiche perseguite dalle parti contraenti: il cedente intende conseguire solo un vantaggio economico dalla cessione a titolo oneroso delle capacità edificatorie inutilizzate del proprio fondo (e non quindi gravarlo permanentemente con una servitù); analogamente il cessionario, lungi dal voler costituire una *servitus non aedificandi* a vantaggio del proprio fondo e a carico di quello del cedente, mira a conseguire il diritto di costruire per una cubatura maggiore.

In relazione a tale profilo si è contrariamente rilevato che, pur riconoscendosi la suddetta eccessività, ciò non consente di negare che il trasferimento di cubatura possa attuarsi mediante un negozio costitutivo di servitù, eventualmente condizionato alla vigenza di una certa regola di edificabilità nella zona di cui si tratta **(96)**.

Un'ulteriore elaborazione dottrinale ha ritenuto che il trasferimento di cubatura possa realizzarsi mediante il ricorso ad un particolare schema del *diritto di superficie*.

Com'è intuibile, per realizzare la fattispecie in esame non è possibile ricorrere alla figura tipica del diritto di superficie (art. 952 ss. c.c.), per l'insuperabile obiezione che mentre il diritto di superficie consiste nel diritto di fare e mantenere una costruzione sul *fondo altrui*, nel trasferimento di cubatura il costruttore realizza un'opera sul *fondo proprio* **(97)**.

Però, sul presupposto che nel nostro ordinamento siano configurabili i diritti reali atipici, si è affermato che la perdita del diritto di costruire sull'area "cedente", con contestuale acquisto dal proprietario del fondo cui la cubatura è trasferita, "è l'ipotesi tipica di concessione *ad aedificandum*", e se ne distingue soltanto perché le possibilità edificatorie dell'area debbono essere utilizzate su un fondo contiguo e non su quello cui ineriscono **(98)**.

In modo più articolato c'è chi, invece, ritenendo che "l'oggetto della cessione è la potenzialità edificatoria che viene trasferita ad un terzo" ha individuato un'ulteriore fattispecie da inserire, in posizione intermedia, tra quelle già previste dal primo e secondo comma dell'art. 952 c.c.; pertanto, così come il diritto di superficie può costituirsi con l'alienazione separata di costruzione già esistente, così potrebbe ammettersi l'alienazione separata di una costruzione non ancora esistente **(99)**.

Quest'ultima opinione è stata criticata da chi ritiene che simile contratto su cosa futura è qualcosa di diverso dalla cessione di cubatura, poiché mentre l'alienazione di costruzione futura ha sempre per oggetto una cosa determinata (la costruzione inerente al suolo su cui si crea la superficie), la cessione di cubatura ha invece ad oggetto una facoltà di edificare da esercitarsi su un altro suolo **(100)**.

Una diversa ricostruzione del fenomeno, escludendo la riconducibilità del trasferimento di cubatura ai diritti reali codificati, ammette che lo stesso si riduca ad una *rinunzia abdicativa* - da parte del proprietario rinunziante - a richiedere la concessione a suo favore, cui farà seguito il rilascio della concessione edilizia "maggiorata" a favore dell'altro proprietario beneficiato. Viene altresì precisato che l'incremento edificatorio dipenderà esclusivamente da quest'ultimo provvedimento, e non da un atto negoziale stipulato tra i privati **(101)**.

A tale ricostruzione si obietta, innanzitutto, che essa non è in grado di superare le difficoltà derivanti dall'assenza del termine di riferimento oggettivo, cioè del diritto che dovrebbe essere rinunciato **(102)**.

Se è infatti concepibile la rinuncia ad un diritto soggettivo, non lo è la rinuncia ad una delle facoltà in esso ricomprese, dal momento che le facoltà costituenti il contenuto del diritto di proprietà non possono estinguersi se non con l'estinzione del diritto; tutt'al più dette facoltà possono essere comprese da un concorrente diritto reale limitato (*ius in re aliena*) **(103)**.

Si è fatto inoltre rilevare che la rinuncia abdicativa è l'atto con il quale un soggetto si priva puramente e semplicemente di un diritto soggettivo di cui è titolare, senza trasferirlo ad altri ed indipendentemente dal fatto che il diritto rinunciato si estingua o venga acquistato da un altro soggetto e, più in generale, prescindendo dalla considerazione che altri traggano vantaggio dalla dismissione del diritto.

Secondo quest'ottica, poiché nessun altro soggetto può aver acquistato il diritto al maggior sfruttamento edilizio, è difficile spiegare come con la semplice rinuncia in esame, proprio quel determinato "cessionario" confinante abbia "acquistato" la cubatura, ovvero

come mai nessun altro proprietario contiguo abbia profittato di tale rinuncia **(104)**. Per evitare che in seguito alla rinuncia abdicativa resti indeterminato il soggetto che godrà del conseguente incremento di cubatura, potrebbe battersi la strada - già seguita dalla giurisprudenza **(105)** - della c. d. *rinuncia traslativa*, in cui il "cedente" rinuncia alla cubatura dietro corrispettivo (o gratuitamente) a favore del "cessionario".

Tuttavia anche questa ricostruzione, come la rinuncia abdicativa, presta il fianco agli stessi rilievi già visti sulla mancata determinazione del diritto oggetto della rinuncia; ma è soprattutto sul piano concettuale che si avversa la dedotta figura, in base al fatto che una rinuncia traslativa altro non è se non un comune negozio traslativo **(106)**.

La ricostruzione della cessione di cubatura come *negozio traslativo di un* (non meglio precisato) *diritto reale*, dopo aver incontrato come visto il favore della giurisprudenza è stata accolta anche da una parte della dottrina **(107)**.

Conformemente alle tesi giurisprudenziali, è stato ribadito che la cubatura costruttiva realizzabile, cioè la possibilità di sfruttamento edilizio del proprio fondo, è un'*utilitas* da intendersi come bene in senso giuridico-economico, suscettibile di essere oggetto di atti di disposizione da parte dei privati. La convenzione avente ad oggetto la cessione di cubatura sarebbe pertanto un negozio traslativo di un diritto reale immobiliare, con il quale il proprietario del fondo cui inerisce una determinata cubatura distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire, nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferisce definitivamente a beneficio dell'altrui fondo.

A questa tesi, che qualifica la volumetria edificabile su un determinato fondo come bene autonomo, e come tale oggetto di diritti reali separabili da quelli che riguardano il fondo stesso, si è obiettato che alla sua ammissibilità non è tanto di impedimento l'eventuale deroga al principio del numero chiuso dei diritti reali (poiché l'unico limite alla creazione di diritti reali atipici è la loro riconosciuta meritevolezza sociale), quanto la regola che nega alle facoltà l'autonomia dal diritto cui attengono. Diversamente si corre il rischio di riproporre quelle teorie che considerano lo spazio aereo come un bene giuridicamente rilevante, e perciò ritengono che la colonna d'aria sovrastante gli edifici possa essere separata dalla proprietà degli immobili ed essere oggetto di autonoma alienazione **(108)**.

Si è inoltre ribadito che i diritti reali, tipici o atipici, hanno comunque, come elemento essenziale l'inerenza ad una *res* materiale determinata, mentre nella criticata ricostruzione si avrebbe un "diritto" che spostandosi da una *res* all'altra, viene a configurarsi come una facoltà astratta, come tale non compatibile con la concretezza insita nel concetto di diritto reale **(109)**.

Una ricostruzione dottrinale che ha trovato adesione da parte della giurisprudenza più recente della Cassazione, è quella che nega effetti reali all'accordo tra privati volto a "trasferire la cubatura", ritenendo che a quel negozio debbano riconoscersi *solo effetti obbligatori* **(110)**.

Il presupposto della tesi è l'attribuzione di un ruolo determinante - ai fini del "trapasso di cubatura" - al provvedimento dell'autorità comunale, che non si limita ad approvare la redistribuzione dei volumi edilizi come programmato dai privati, bensì opera una vera e propria modifica al piano regolatore in vigore. La valutazione compiuta dalla P.A. di fronte al "trasferimento di cubatura" è quindi discrezionale, muovendosi in un ambito molto più ampio di quello considerato ai fini del rilascio della concessione edilizia: mentre infatti in quest'ultimo caso la corrispondenza del progetto alle norme edilizie obbliga la P.A. ad emettere il provvedimento, nel caso in esame invece la nuova valutazione dei molteplici e rilevanti interessi pubblici apre la strada ad una discrezionalità non più tecnica ma propriamente amministrativa **(111)**.

In questo quadro l'accordo intercorrente tra i privati dovrebbe avere il seguente contenuto: un proprietario si impegna nei confronti dell'altro a non richiedere la concessione e quindi a non costruire in proprio, ma a fare quanto necessario per agevolare una concessione "maggiorata" a favore dell'altra parte; da quest'obbligo non potrà scaturire alcun effetto reale ma solo obbligatorio e l'impegno del "cedente" rileverà come presupposto in base al quale il Comune addiverrà alla emanazione del provvedimento di modifica del P.R.G.

Quanto alla struttura dell'operazione, l'opinione sopra esposta ritiene che il rapporto intercorrente tra il negozio di diritto privato e il provvedimento autorizzativo della P.A. si inquadri nell'ambito di un *procedimento* amministrativo dal quale poi scaturirà un ulteriore effetto finale. In quest'ottica il trasferimento di cubatura, non si ricollega al complesso dei singoli elementi di una *fattispecie a formazione progressiva*, ma al verificarsi di quello che costituisce l'ultimo atto di un *procedimento* **(112)**.

In conclusione, l'opinione sopra descritta, pur negando all'autonomia privata un ruolo principale nella vicenda complessiva, non ne esclude almeno la funzione di creare i "presupposti necessari a una eventuale modificazione del piano regolatore da parte della P.A." **(113)**.

La principale obiezione mossa a questa ricostruzione è che la prospettiva esclusivamente pubblicistica da cui la tesi si sviluppa finisce per porre una disciplina che poco garantisce gli interessi delle parti.

Si è fatto rilevare infatti che se l'asservimento di un fondo ad un altro dipende da un atto della P.A., diventa necessario arricchire il contenuto dell'impegno per il proprietario cedente, in modo che il *tradens* si impegni non solo a fare la dichiarazione di rinuncia davanti all'autorità comunale, ma anche a non richiedere per sé la concessione edilizia e a non vendere il fondo per tutto il tempo necessario al completamento dell'*iter* amministrativo. In spregio alle più elementari leggi di mercato, tale accordo oltre a vincolare la proprietà del "cedente" per un tempo molto lungo, costringerebbe il "cessionario" a confidare esclusivamente sulla buona fede del primo (che godrebbe di uno *ius poenitendi* fino alla manifestazione della sua volontà di fronte alla P.A.), residuando a suo favore - in

caso di inadempimento del *tradens* - il rimedio risolutorio ed il conseguente risarcimento del danno **(114)**.

Quando poi il "cedente" la cubatura abbia correttamente adempiuto l'obbligo a suo carico, e si sia attivato con le modalità concordate verso la P.A., si pone ugualmente il problema di equilibrare le posizioni contrattuali nel caso che inadempiente resti la P.A., che decida discrezionalmente di non emettere il provvedimento concessorio.

Qualora infatti il "cessionario" pretenda - per prevenire una simile evenienza - di sottoporre a condizione l'accordo, il "cedente" vedrà sacrificati i suoi interessi poiché, a fronte di una aspettativa di compenso puramente aleatoria, dovrebbe rinunciare in via immediata ad alcune situazioni vantaggiose, quali favorevoli occasioni di vendita o di sviluppo edificatorio del suo terreno; al contrario, se il "cedente" non consente che l'accordo nasca condizionato all'emissione del provvedimento, svantaggiato sarà il "cessionario", che si accollerà il rischio dell'affare, essendo tenuto a pagare la prestazione del *tradens* quando questo l'avrà adempiuta **(115)**.

Inoltre, sempre con riferimento al contenuto del negozio di diritto privato, si rileva che non è necessaria la previsione di un obbligo a carico del "cedente" di attivarsi presso la P.A. per far ottenere al "cessionario" la concessione edilizia maggiorata, poiché tale obbligo di collaborazione scaturisce dall'applicazione delle regole generali sull'esecuzione di buona fede o sull'integrazione dei contratti **(116)**.

Infine, in riferimento all'opponibilità ai terzi dell'accordo di cessione di cubatura, si è affermato che poiché questo negozio non fa sorgere alcun vincolo di natura reale sul fondo "asservito", esso non sarebbe opponibile ai terzi e l'eventuale trascrizione dell'atto avrebbe solo valore di pubblicità notizia **(117)**.

A conclusione del presente paragrafo, e per completezza di esposizione, vanno ricordate due opinioni che, non avendo ricevuto particolare seguito in dottrina, sono rimaste isolate.

Innanzitutto quella che, dopo aver precisato che a rigore non è possibile parlare di trasferimento di volumetria, né di servitù, né di *obligatio propter rem*, "poiché in realtà si è di fronte ad un accordo complesso la cui finalità è quella di disciplinare una micropianificazione ad iniziativa privata", ritiene che "lo schema del trasferimento di volumetria si attua mediante un *accordo trilatero* di cui sono parti i due privati ed il Comune ed è volto a regolare la distribuzione delle volumetrie consentite in quella zona" **(118)**.

Originale, infine, è l'opinione che considera attuabile il trasferimento di cubatura mediante una *cessione del contratto* **(119)**.

Partendo dal presupposto che tra P.A. e privato richiedente una concessione edilizia si instauri un rapporto contrattuale sinallagmatico (la P.A. cede lo *ius aedificandi* e il privato lo acquisisce corrispondendo alla prima gli oneri concessori), l'istante potrebbe cedere la sua posizione contrattuale verso la P.A. ad un terzo proprietario di fondo finitimo. Non osterebbe all'operazione il principio contenuto nell'art. 1406 c.c., secondo cui la cessione del contratto

è attuabile sempre che le prestazioni non siano state già eseguite; si fa rilevare infatti che è ben possibile che a fronte dell'avvenuto rilascio della concessione permangano prestazioni ineseguite, dal momento che per "prestazione non ancora eseguita" può intendersi anche la mancata integrale corresponsione del costo di costruzione (art. 6 legge n. 10/1977), da parte del richiedente.

5. La cubatura edificabile come valore economico

In giurisprudenza e in dottrina, pur approdandosi a soluzioni differenti in ordine alla qualificazione del trasferimento di cubatura, è ricorrente l'affermazione secondo cui la volumetria edificabile, spettante ai singoli proprietari, costituisce una *utilitas* del fondo ed è in definitiva un bene in senso economico-giuridico. E' stato così precisato che l'edificabilità di un'area espressa in termini di volumetria costituisce nella realtà degli affari un valore economico che tende a staccarsi dalla proprietà del suolo, per formare oggetto di commercio e di negoziazione autonoma tra i privati, sia pure sotto il controllo pubblico in considerazione del rilevante interesse urbanistico connesso alla distribuzione dei volumi edilizi nello spazio urbano **(120)**.

In giurisprudenza si è pervenuti addirittura ad una totale identificazione tra *superficie* e *volume* edificabile, quando per ricomprendere la cessione di cubatura nell'ampio concetto di "acquisti di aree edificabili" di cui all'art. 14 della legge Tupini, è stato affermato che "ai fini dell'edificabilità, ampliare la propria area o aumentarne la cubatura è, *ceteris paribus*, la stessa cosa" **(121)**.

Pur non concordando con tale ultima affermazione, riesce difficile negare che lo sfruttamento volumetrico di un'area rappresenti un valore economico per il proprietario di terreni edificabili. Non risulta peraltro difficoltoso verificare, alla luce delle nuove concezioni sui beni giuridici **(122)**, se riguardo alla situazione in esame sussistano astrattamente i presupposti per adattare la disciplina civilistica dei beni o estendere ad essa la tutela delle situazioni proprietarie.

Però, una considerazione della cubatura edificabile come bene oggetto di diritti reali non potrebbe eliminare dalla struttura del trasferimento di volumetria l'elemento pubblicistico, destinato ad incidere sulla libertà di circolazione del "bene" e sul relativo "godimento" di questo. Inoltre, le più seguite soluzioni pratiche per attuare il trasferimento di cubatura (costituzione di una *servitus non aedificandi* e convenzione meramente obbligatoria, con ulteriore obbligo del "cedente"), prescindono da una presa di posizione sulla qualificazione della volumetria edificabile come bene.

L'utilizzabilità delle potenzialità edificatorie del proprio fondo, se non è un bene in senso tecnico giuridico, è senz'altro un'utilità obiettivamente ritraibile dall'area, in grado di esprimere un valore economico anche notevole **(123)**. Mentre però la realizzazione degli interessi sottesi al trasferimento dei beni oggetto dei diritti reali trae origine e si conclude

all'interno di un autoregolamento di interessi privati, il soddisfacimento delle ragioni economiche del "cedente" e del "cessionario", nel trasferimento di cubatura, sorge all'interno di una fattispecie negoziale per poi completarsi con un provvedimento amministrativo.

6. Rapporto tra negozio giuridico e provvedimento amministrativo

La considerazione della volumetria edificabile come "entità" economicamente valutabile, in grado di essere sfruttata dai privati solo in seguito all'ottenimento di un *placet* della P.A., consente di effettuare alcune riflessioni in vista delle conclusioni della presente indagine.

1) La figura esaminata può realizzarsi solo mediante il coinvolgimento della P.A., e ciò in seguito all'instaurazione di due rapporti giuridici: tra i privati proprietari delle aree quello di natura privatistica; tra il privato e la P.A. quello di natura amministrativa. Quest'ultimo rapporto è volto ad ottenere una concessione edilizia "maggiorata" ovvero altro provvedimento amministrativo che ratifichi la programmata "micropianificazione" ad iniziativa privata.

2) Il collegamento dei due rapporti giuridici è reciproco, non scaturendo alcun effetto "traslativo della cubatura" se venga instaurato uno solo di essi senza dar seguito all'altro **(124)**.

Ed infatti, come il negozio giuridico non seguito dall'atto amministrativo non è in grado di realizzare la cessione di cubatura, allo stesso modo non può emettersi il provvedimento amministrativo se questo non sia stato preceduto dall'atto negoziale. Quest'ultimo, coinvolgendo posizioni di diritto privato nonché interessi generali legati al corretto sviluppo urbanistico dei suoli, necessita dell'approvazione della P.A. per realizzare pienamente i suoi effetti; l'atto amministrativo (concessione edilizia o altro provvedimento) che determini lo spostamento volumetrico da un fondo all'altro, in assenza di una puntuale manifestazione di volontà privata, non è idoneo a creare un vincolo di inedificabilità sul fondo "cedente" la cubatura, tale da poter essere fatto valere sul piano privatistico.

In relazione a quest'ultima affermazione occorre precisare che - astrattamente - il provvedimento amministrativo, poiché caratterizzato dal requisito dell'*imperatività*, è idoneo di per sé ad incidere su situazioni giuridiche dei privati (diritti soggettivi e interessi legittimi). Tuttavia il provvedimento amministrativo dispensato dalla P.A. senza il previo consenso al trasferimento di cubatura sarebbe illegittimo per essere stato emesso in spregio degli *standards* edilizi e comunque soggetto ad impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. Esso inoltre non potrebbe incidere in modo sostanziale sulle situazioni giuridiche altrui, come per esempio sul diritto di edificare del proprietario confinante rimasto estraneo, poiché i provvedimenti concessori sono di norma emessi "fatti salvi i diritti dei terzi".

3) Va ribadita l'essenzialità del negozio giuridico di diritto privato nell'ambito del procedimento di trasferimento di cubatura, preliminarmente nell'ipotesi in cui le parti abbiano asservito un fondo ad un altro con effetti reali, utilizzando lo schema della *servitus non aedificandi* o altra fattispecie atipica.

E' evidente infatti che, a prescindere dalle vicende legate alla successiva fase amministrativa, il negozio crea il vincolo sui beni e soddisfa l'interesse dei privati a consolidare il più possibile nel tempo (fino all'emanazione della concessione edilizia) lo *status* dei fondi interessati. Esso, si ribadisce, non realizza il trasferimento di cubatura in assenza del provvedimento della P.A. ma garantisce in via immediata la creazione del vincolo di inedificabilità: tale risultato, per quanto parziale, sarà anche opponibile *erga omnes* mediante la trascrizione **(125)**.

In quest'ottica si concorda con le opinioni sopra citate che ravvisano la necessità di creare un vincolo reale che meglio garantisca gli interessi dei titolari delle proprietà coinvolte nell'operazione.

Contrariamente al recente orientamento della giurisprudenza, volto a restringere (se non ad annullare completamente) lo spazio riservato all'autonomia privata nel "governo del territorio", il ruolo centrale della contrattazione privata nell'ambito del trasferimento di cubatura emerge anche qualora si ritenga che il negozio produca effetti meramente obbligatori.

Senza togliere all'autorità pubblica la decisiva funzione nel processo conformativo della proprietà privata, è generalmente riconosciuto all'autonomia negoziale il compito di organizzare i beni a fini urbanistici **(126)**, e più precisamente la funzione integrativa dei programmi di pianificazione pubblica del territorio; si ricordi altresì come la nostra disciplina urbanistica conosca da sempre strumenti di origine privata in grado di incidere sulla pianificazione pubblica **(127)**.

Questa incidenza degli accordi negoziali (quanto meno al fine di creare i presupposti necessari ad una eventuale modificazione del piano regolatore da parte della P.A.) spiega come al negozio di trasferimento di cubatura si guardi con favore e come esso venga considerato uno strumento in grado di conferire alla procedura di pianificazione suddetta quella flessibilità necessaria per far fronte alla sopravvenuta inattuabilità delle prescrizioni di piano **(128)**.

La dottrina ha infine chiarito che la P.A., una volta esaurito il procedimento pianificatorio, non ha più alcuna *potestas variandi* nella ripartizione delle volumetrie edificabili, mancando una disposizione di legge che le attribuisca una simile facoltà. Da ciò consegue che solo i privati possono comprimere il loro diritto di proprietà, mediante strumenti di natura privatistica: la P.A. deve, in altri termini, limitarsi a prendere atto del programmato asservimento, controllando che sia conforme alle prescrizioni degli strumenti urbanistici **(129)**.

La necessità di un negozio giuridico è da escludersi invece nella (diversa) fattispecie nota come "concentrazione di volumetria".

In quest'ipotesi viene in considerazione un'area unica che, benché frazionata in più particelle catastali, appartenga ad un solo proprietario. Quest'ultimo, qualora intenda costruire solo su una parte dell'area, ma sfruttando anche la volumetria di pertinenza delle altre particelle (appunto "concentrando" tutta la volumetria), non dovrà porre in essere alcun atto negoziale di diritto privato. E' stato deciso infatti che "nei casi in cui la normativa urbanistica impone limiti di volumetria, il vincolo dell'area discende *ope legis* dalla sua utilizzazione, sulla base della licenza edilizia (oggi concessione), senza necessità di strumenti negoziali privatistici (atto d'obbligo, trascrizione, ecc.), la necessità di un atto negoziale, invece, sussiste quando il proprietario di un terreno intenda asservirlo a favore di altro proprietario finitimo, che intenda realizzare una volumetria maggiore di quella che il suo solo terreno gli consentirebbe" **(130)**.

7. Conclusioni

Il trasferimento di cubatura è un'operazione giuridica ed economica in grado di esprimere una indubbia utilità sociale, e non solo nell'ipotesi in cui il P.R.G. lo preveda espressamente **(131)**.

Esso soddisfa i mutevoli interessi delle parti sottostanti all'operazione ed è un fenomeno certamente non in grado di ledere la disciplina dei suoli, a patto di attuarsi tra fondi compresi nella medesima zona urbanistica.

Se lo strumento urbanistico prevede, in una certa zona, una densità edilizia massima, "il fatto che tale astratta possibilità edificatoria venga sfruttata dal proprietario di un'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, purché sia impedito il superamento, nella zona complessivamente considerata, della densità edilizia consentita dallo strumento urbanistico" **(132)**.

Nella complessa problematica dei trasferimenti di cubatura, due aspetti sembra debbano essere rimarcati: la duplice natura privatistica ed amministrativa dell'operazione *de qua* e il riconoscimento di un indubbio ruolo dell'autonomia privata, sul fondamento della negoziabilità delle potenzialità edificatorie di un'area.

Al trasferimento di cubatura (che è l'effetto finale di un procedimento) le parti possono giungere solo attraverso un provvedimento amministrativo che discrezionalmente autorizzi la rideterminazione "convenzionale" della densità volumetrica. Nel quadro degli strumenti urbanistici di pianificazione, l'intervento della P.A. nella "regolamentazione urbanistica di iniziativa privata" avverrà con un atto concessorio ovvero autorizzativo.

Quanto agli atti negoziali è senz'altro da preferire la costituzione della servitù *non aedificandi* (se il trasferimento di cubatura è totale) o *altius non tollendi* (se invece è parziale) che crea un vincolo di inedificabilità sul fondo "cedente" la cubatura. Alla servitù dovrà legarsi l'obbligo per il proprietario del fondo servente di attivarsi, collaborando con il proprietario del fondo dominante, per consentire a quest'ultimo di ottenere il rilascio della concessione edilizia maggiorata. Detto obbligo di comportamento potrebbe essere contenuto in negozio autonomo ma collegato alla servitù, oppure potrebbe rinvenirsi in un *facere*, inquadrato in uno schema atipico di servitù, o in un atto d'obbligo richiesto dal Comune.

Poiché è interesse del "cessionario" conseguire il rilascio della concessione edilizia in tempi brevi, questo potrebbe farsi rilasciare dal "cedente" un *mandato in rem propriam*, affinché per suo conto compia dinanzi alla P.A. quanto necessario per ottenere il provvedimento concessorio.

I pregi di questa ricostruzione sembrano prevalere rispetto alle critiche più sopra riportate. Argomento decisivo per la scelta della soluzione sembra essere quello dell'opponibilità *erga omnes* del vincolo costituito sul fondo "cedente", a mezzo della trascrizione (art. 2643 n. 4 c.c.).

Qualora si voglia invece riportare l'intera vicenda che ci occupa nell'ambito di un procedimento amministrativo, l'operazione potrebbe attuarsi senza la costituzione di una servitù ma attraverso la stipulazione di un accordo nel quale il "cedente" rinuncia a chiedere la concessione edilizia in suo favore. L'autorità comunale, interpellata per il rilascio del provvedimento, potrebbe rilasciarlo ritenendo sufficiente l'atto negoziale suddetto.

Ma più frequentemente accade che la P.A. reputi insufficiente quell'accordo per asservire un fondo all'altro, e richieda un atto d'obbligo nel quale il titolare dell'area da vincolare si obbligherà, "per sé e per i suoi successori ed aventi causa a non edificare sul suo fondo (o su parte di esso)".

La circostanza che la P.A. richieda il rilascio di un atto d'obbligo è motivata dalle seguenti ragioni di opportunità:

la constatazione che simile atto è il più idoneo a costituire sull'area destinata a restare inedificata un vincolo di natura reale;

la diffusione di una prassi anomala delle Conservatorie dei RR. II. che procedono alla trascrizione degli atti d'obbligo **(133)**, instaurando così di fatto l'unico regime pubblicitario per i trasferimenti di cubatura;

la definitiva operatività degli effetti dell'atto negoziale privato solo nei rapporti interni tra i contraenti, e non anche nei rapporti esterni nei confronti della P.A., pur osservandosi che per quest'ultima è necessario il negozio di diritto privato **(134)** per legittimare l'emissione del provvedimento concessorio o autorizzatorio.

L'atto negoziale infatti, anche se trascritto, non è idoneo - sotto il profilo pubblicistico - a vincolare definitivamente i fondi per il trasferimento di cubatura; e ciò non solo per l'inattitudine dei negozi di diritto privato ad incidere sugli interessi pubblici, ma soprattutto

per la loro scarsa propensione a soddisfare questi ultimi in modo tendenzialmente perpetuo, stante l'assoggettabilità ai rimedi di risoluzione del contratto. Per questi motivi si ritiene che nell'ambito pubblicistico assuma rilevanza solo l'atto unilaterale di asservimento, qualificato come atto di natura pubblica, inquadrabile tra gli atti di diritto pubblico dei privati, connessi all'esplicazione di una potestà **(135)**;

l'irrevocabilità dell'atto unilaterale di asservimento, poiché la P.A. richiede all'obbligato di renderlo definitivo mediante apposita dichiarazione; in tal modo l'atto è sottratto alle vicende risolutorie dei contratti **(136)**.

In considerazione di quanto sopra esposto, nell'operazione di trasferimento di cubatura sarà certamente opportuna l'assistenza del notaio nella fase negoziale per indirizzare la volontà delle parti verso quel punto di equilibrio che contempererà gli interessi dei privati da un lato con quelli pubblici dall'altro.

L'intervento del notaio sarà invece necessario qualora la fase negoziale sia rappresentata dalla costituzione di una servitù, poiché essa non potrà avvenire che per scrittura privata (art. 1350, n. 4, c.c.) con sottoscrizione autenticata o in forma pubblica, al fine di procedere alla sua trascrizione (artt. 2643, n. 4, e 2657 c.c.).

Quanto all'atto d'obbligo, pur mancando un'autonoma prescrizione di forma, molti Comuni hanno adottato la prassi di richiedere l'atto pubblico che servirà comunque per la pubblicità del vincolo.

Mauro Leo

(1) Definitivamente fissata, in dettaglio, dal Ministero dei Lavori Pubblici con D.M. 2 aprile 1968, n. 1444 e dalla successiva legislazione regionale.

(2) A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in Trattato Rescigno, Torino, 1982, vol. 7, 489.

(3) G. CECCHERINI, *Il c.d. "trasferimento di cubatura"*, Milano, 1985; Id., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103; S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994; Id., *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di Giorgio De Nova, Milano 1994; A. CHIANALE, *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1545; R. COLLETTI., *La servitù e la cessione di cubatura*, in *Nuova rassegna*, 1996, 68; A. COSTA, *Ai "trasferimenti di cubatura" spettano i benefici di cui all'art. 14 della legge 2 luglio 1949, n. 408*, in *Dir. prat. trib.*, 1982, II, 976; V. DE LORENZI, *Sul c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1989, 278; P. DE MARTINIS, *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 342; Id., *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 213; M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e "numero chiuso" dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1975, 547; A. G. DI VITA, *La cessione di cubatura*, in *Diritti reali limitati: argomenti di interesse notarile* (Convegno), Palermo, 1991; F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1991, art. 2643-2645, vol. I 655; F. GERBO, *La cessione di volumetria*, in *Il notaio*, 1998, 105; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, 1069; P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 383; A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di*

asservimento, in *Giur. merito*, 1977, IV, 740; 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. III; Id., *I "trasferimenti di cubatura"*, in *Il contratto silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, vol. I; Id., *Sui "trasferimenti di cubatura"*, in *Contratto e impresa*, 1991, 73; A. PAGANO, *In tema di c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1996, 1285; G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, in *Riv. not.*, 1974, 626; G. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici conseguenti a piani regolatori o regolamenti urbanistici - Il trasferimento di cubatura*, Relazione al XV° Congresso Nazionale del Notariato, Verona, 1966; P. PITTER, *Limiti di volumetria e vincoli di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 426; F. ROSELLI, nota a Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685; D. RODELLA, *Trasferimento di cubatura edificabile - pertinenze e posti macchina nella legislazione italiana*, in *Nuova Rassegna*, 1990, 2369; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, 1995, II 287; R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, 115; Id., *La natura giuridica della cessione di cubatura*, nota a Cass. 30 aprile 1974 n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424; M. COSTANZA, nota a Cass. 14 dicembre 1988 n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 372; P. L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed un'ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, II, 285. V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura"*, in *Notariato*, 1996, 419; M. BESSONE, (a cura di) *Casi e questioni di diritto privato per la pratica notarile*, Milano, 1995, I, 209; S. CARDARELLI, *Il trattamento tributario dei diritti reali parziari*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive* (Convegno), Milano, 1986, vol. III, 615 ss.; A. DI MAJO - L. FRANCIOSI, voce "*Proprietà edilizia*", in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 356; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982, vol. 7, 526 ss.; S. LANZILLOTTI - F. MAGURNO, *Il notaio e le imposte indirette*, Roma, 1988, 102; M. MARE', *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990, 1347; A. RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Michele Costantino (a cura di), Milano, 1995 (ristampa); C. T. SILLANI, *I "limiti verticali della proprietà fondiaria"*, Milano, 1994, 575 ss.

(4) G. CECCHERINI, *op. cit.*, 1 ss.; A. G. DI VITA, *op. cit.*, 38.

(5) In tal senso P. GRASSANO, *op. cit.*, 383 e A. IANNELLI, *op. cit.*, 740.

(6) G. PICCO, *op. cit.* 124 ss.

(7) A. RUGGIERO, *op. cit.*, 149.

(8) F. GERBO, *op. cit.*, 105.

(9) A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso cit.*, 213.

(10) A. RUGGIERO, *op. cit.*, 149.

(11) Opinione pacifica.

(12) Da ultimo Cass.13 maggio - 12 settembre 1998 n. 9081 (in corso di pubblicazione): "... quando per realizzare il rapporto area-volume prescritto dalla legislazione urbanistica, sia indispensabile destinare la proprietà di un terzo al servizio di un costruendo edificio, non è necessario un atto negoziale privato, diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico tra le parti, poiché la "cessione di cubatura" si realizza in virtù del solo provvedimento amministrativo di concessione edilizia, che ha effetto verso i terzi e tra le parti".

(13) A. GAMBARO, *op. cit.*, 527.

(14) M. MARE', *op. cit.*, 1355.

(15) M. MARE', *op. cit.*, 1347 ss.

(16) F.SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ed. 1989, 56; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1965, 333.

(17) F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 56 ss.

(18) M. COMPORTELLI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980, vol. VIII, t. 1, 128.

(19) S. G. SELVAROLO, *op. cit.*, 47.

(20) P. L. TROJANI, *op. cit.*, 298 ss., che propone la cessione atipica della "posizione contrattuale" assunta dal privato concessionario verso la pubblica amministrazione concedente.

- (21) A. RUGGIERO, *op. cit.*, 151 ss.
- (22) A. GAMBARO, *op. cit.*, 479 ss.
- (23) Le due espressioni, la prima di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1118 e la seconda di G. CECCHERINI, *op. cit.*, 40, si riferiscono alla discussa sentenza della Corte Costituzionale n. 55 del 29 maggio 1968, in *Giur. Cost.*, 1968, I, 838.
- (24) V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di N. Irti, Giuffrè, 1980, vol. 1, 499.
- (25) G. CECCHERINI, *op. cit.*, 39.
- (26) G. PICCO A. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell'esperienza notarile e disciplina dell'edilizia in Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, *cit.*, 94 ss.
- (27) In tal senso G. PICCO A. MAROCCO, *op. cit.*, 95 ss.
- (28) G. PICCO A. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche cit.*, 97, ove l'affermazione è riportata come pacifica in dottrina.
- (29) Né può dirsi che alle amministrazioni territoriali mancassero gli strumenti per la realizzazione degli obiettivi fissati. Basti pensare che a disposizione dei comuni vi era anche lo strumento espropriativo, allo scopo di predisporre l'ordinata attuazione del P.R.G (art. 18 L.U.).
- (30) G. CECCHERINI, *op. cit.*, 35.
- (31) A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, 1969, 140.
- (32) In *Giur. Cost.*, 1968, I, 838.
- (33) La Consulta dichiarò incostituzionali l'art. 7, nn. 2, 3 e 4 e l'art. 40 della legge n. 1150/1942, perché in contrasto con l'art. 42, comma 3, della costituzione, nella parte in cui non si prevedeva un indennizzo per i vincoli espropriativi indiretti previsti dalla legge, aventi carattere particolare. Questi vincoli, detti anche "espropriazioni ablativo", "espropriazioni anomale" o "espropriazioni di valore" (espressioni riportate da A. DI MAJO L. FRANCARIO, *op. cit.*, 344) sono quelli che pur mantenendo la titolarità del bene in capo al *dominus*, si risolvono in uno svuotamento permanente del contenuto del diritto di proprietà.
- (34) Le affermazioni della Corte Costituzionale suscitarono un accesissimo dibattito. Tra i numerosi interventi si ricordano DE VIRGILIIS - SPANTIGATI, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 865; PIGA, *Effetti della sentenza n. 55 della Corte Costituzionale nel processo di formazione dei piani regolatori*, in *Foro amm.*, 1968, II, 122; S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; NATOLI, *Orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà privata ex art. 42 Cost.*, *ivi*, 1969, 1671 ss.
- (35) Termine più volte differito.
- (36) A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977.
- (37) Si è anche sostenuto che la legge n. 10/1977, operando la scissione predetta, chiudeva il periodo di incertezza - iniziato con la sentenza n. 55 del 1968 - in ordine all'indennizzabilità dei vincoli, sancendo un sistema perequativo tra i proprietari fondiari. Considerando infatti lo *jus aedificandi* separato dal diritto di proprietà e attribuito solo in seguito ad un atto amministrativo, verrebbe meno l'ostacolo maggiore - di origine costituzionale - per determinate modalità di attuazione della pianificazione urbanistica. In considerazione di ciò, pertanto, l'intervento autoritativo non si avrebbe più a danno di singoli proprietari, ma opererebbe una diversa determinazione del contenuto del diritto di proprietà, non più in contrasto con il dettato costituzionale. Si otterrebbe così un trattamento uniforme riservato ai proprietari fondiari di fronte alle diverse previsioni dei piani urbanistici. In tal senso A. BARUCCHI, *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*, Torino, 1976, 87 ss.
- (38) P. GRASSANO, *op. cit.*, 384.
- (39) A. GAMBARO P SCHLESINGER, *Commento all'art. 1 della legge 28 gennaio 1977 n. 10*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 20.
- (40) A. GAMBARO, *op. cit.*, 517.
- (41) In *Riv. giur. edil.*, 1980, I, 17.
- (42) A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, XVI ed., 815.
- (43) Non è escluso che la discussione possa riprendere nuovo vigore a seguito dello "storico" principio - contenuto nella sentenza Cass. SS.UU. 26 marzo-22 luglio 1999, n. 500 (pubblicata su *Guida al diritto* n. 31 del 7 agosto

1999) - secondo la quale sono risarcibili gli interessi legittimi in presenza di un provvedimento lesivo - colposo o doloso - della pubblica amministrazione, e la relativa controversia, ove non riguardi materia devoluta per legge alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, è di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, che può pronunciarsi sulla domanda senza attendere l'esito del giudizio di annullamento dell'atto, di competenza della giurisdizione amministrativa di legittimità.

(44) Secondo A. DI MAJO L. FRANCIOSI, *op. cit.*, 354, le origini di detta crisi vanno individuate nel processo di ampliamento e autonomizzazione della materia urbanistica, sia per la difficoltà di ricostruire l'esercizio dell'attività edificatoria alla stregua di esercizio di una facoltà proprietaria.

(45) A. CANDIAN, *op. cit.*, 93.

(46) Riconosce natura meramente obbligatoria e non reale al negozio di trasferimento di cubatura A. CANDIAN, *Il contratto cit.*, 93. L'A. ritiene che, pur potendo lo *ius aedificandi* continuare ad appartenere al proprietario del suolo, sebbene sia sottoposto ad una disciplina che rende il titolare della situazione di appartenenza niente affatto arbitro dei "destini dell'oggetto di essa", conclude che poiché "ai fini del contratto di compravendita la titolarità attuale della proprietà in capo al venditore non è affatto un elemento necessario del negozio...la conclusione di un negozio volto al fine di trasferimento non è essenzialmente condizionata all'esistenza della situazione di appartenenza in capo al promittente : questa condizione invero è imprescindibile solo se si ricollega al contratto traslativo l'effetto reale".

(47) A. GAMBARO, *op. cit.*, 517.

(48) In tal senso, A. DI MAJO L. FRANCIOSI, *op. cit.*, 355. A. CANDIAN, *Il contratto cit.*, 92, fa rilevare che la teoria dell'appartenenza alla P.A. non indica mai a quale categoria di beni ed elementi del patrimonio pubblico tale facoltà debba essere ascritta.

(49) Si veda per tutte Cass. 9 marzo 1973 n. 641 in *Foro it.*, 1973, I, 2117.

(50) A. DI MAJO L. FRANCIOSI, *op. cit.*, 339, ricordano che all'origine di tale ambiguità è senz'altro la collocazione sistematica che il codice civile assicura alla proprietà edilizia: questa viene individuata in tale sede non solo quale una "specie" di proprietà fondiaria destinata all'utilizzazione edificatoria, ma anche quale proprietà dell'edificio.

(51) Da ultimo Cass. 7 giugno 1994 n. 5508 in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 437.

(52) A. FRIGNANI, *Gli interessi dei privati in caso di mancata attuazione delle opere di urbanizzazione, in Convenzioni cit.*, 377.

(53) Sembra alludere ad una totale coincidenza dello *ius aedificandi* con la proprietà edilizia G. CECCHERINI, *op. cit.*, 27.

(54) Per A. DI MAJO L. FRANCIOSI, *op. cit.*, 355 "tale potere, in verità, oggi, alla luce della più avanzata legislazione urbanistica del nostro Paese (legge n. 10 cit.) non è possibile attribuire aprioristicamente a chicchessia: esso tende sempre più a trovare legittimazione nel nostro sistema nella composizione di un delicato equilibrio tra pubblico e privato, che tendenzialmente mira a garantire l'uso ottimale del territorio, valorizzando al contempo l'iniziativa economica privata. In tale quadro di riferimento risulta del tutto improponibile una visuale che assegni la decisione di provvedere in concreto all'attività edificatoria al libero arbitrio, vuoi del comune vuoi del privato".

(55) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 481.

(56) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 481.

(57) A. GAMBARO, *op. cit.*, 517; A. DI MAJO L. FRANCIOSI, *op. cit.*, 355.

(58) A. GAMBARO, *op. cit.*, 517.

(59) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 484.

(60) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 487.

(61) G. PICCO A. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche op. cit.*, 100 ss.

(62) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 487 e ss.

(63) M. TAMPONI, *Una proprietà speciale (lo statuto dei beni forestali)*, Padova, 1983, 222. Si è osservato che la tendenza a scindere dal contenuto del rapporto di proprietà l'attività edificatoria, conduce alla conclusione che quest'ultima è sempre più ravvicinabile all'attività di impresa, potendo contrapporsi l'attività di lottizzazione, che prende le mosse dalla proprietà dell'area o da altro sufficiente titolo per dar luogo al suo sfruttamento intensivo destinato allo scambio, e quella che si concreta nell'utilizzazione edificatoria non istituzionalmente destinata allo

scambio. Per quest'ultimo rilievo G. PICCO A. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche cit.*, 102 ss. secondo cui tale orientamento già emerge dalla legge n. 1150/1942, dove si distingue tra l'attività edificatoria di cui all'art. 28 e quella riferita invece alle c.d. licenze singole di cui all'art. 31.

(64) Cass. 6 luglio 1972 n. 2235, in *Riv. leg. fisc.*, 1973, 766 e in *Rass. Avv. Stato*, 1972, I, sez. 5; Cass. 6 marzo 1973 n. 641, in *Riv. not.*, 1973, 1165; ivi, 1974 (solo massima), 114 con nota di R. Triola; Cass. 21 marzo 1973 n. 802 in *Riv. leg. fisc.*, 1973, 2200 e in *Foro it.*, 1973, I, 2117; Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Riv. not.*, 1975, 547 con nota di M. Di Paolo e in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424, con nota di R. Triola; Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 1595; Cass. 21 maggio 1975, n. 2017, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 2288; Cass. 20 ottobre 1975 n. 3416, in *Riv. leg. fisc.*, 1976, 585; Cass. 8 ottobre 1976, n. 3334, in *Riv. not.*, 1977, 1006; Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, *Riv. leg. fisc.*, 1977, 1146; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807 in *Corr. giur.*, 1989, 276 con nota di V. De Lorenzi, in *Giur. imp.*, 1989, I, 164, con nota di R. Zampini e in *Giur. it.*, 1989, I, 1, con nota di A. Chianale.

(65) Approvato con D.P.R 6 ottobre 1959, in G.U. 21 dicembre 1959, n. 308.

(66) Principio comune a tutte le sentenze di cui alla nota 64.

(67) Cass. 6 luglio 1972, n. 2235 *cit.*; vedi anche Cass. 22 gennaio 1975, n. 250 *cit.*

(68) Cass. 6 luglio 1972, n. 2235 *cit.*. Negli stessi termini Cass. 9 marzo 1973 n. 641 *cit.*. Vedi anche Cass. 21 marzo 1973, n. 802 *cit.* e Cass. 8 ottobre 1976, n. 3334 *cit.*

(69) Cass. 9 marzo 1973, n. 641 *cit.* e Cass. 30 aprile 1974, n. 1231 *cit.*

(70) Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639 *cit.* *Contra* Cass. 6 luglio 1972, n. 2235 *cit.*

(71) Cass. 6 luglio 1972, n. 2235 *cit.*; così anche Cass. 9 marzo 1973, n. 641 *cit.* e Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807 *cit.*

(72) Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, 922; Cass. 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. it.* 1981, I, 1, 1346, Cass. S.U. 20 dicembre 1983, n. 7499 in *Giur. it.*, I, 1, 209; Cons. Stato, 25 novembre 1988, sez. V, n. 744, in *Foro amm.*, 1988, 3251; TAR Puglia, 16 giugno 1990, n. 279, in *Foro amm.*, 1991, 881.

(73) Cons. Stato, 25 novembre 1988, sez. V, n. 744 *cit.*

(74) Il precedente cui si fa riferimento nel testo è Cass. 7 giugno 1968 n. 1738 in *Riv. giur. edil.*, 1969, I, 1, 46.

(75) Vengono richiamate Cass. n. 849/1971 e Cass. 951 del 1970.

(76) Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743 *cit.*

(77) Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743 *cit.*

(78) Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685, con nota di F. Roselli; Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Foro it.*, 1996, I, 1698, con nota redazionale, e in *Notariato*, 1996, 417, con nota di V. Vanghetti; Cass. 12 settembre 1998, n. 9081 in corso di pubblicazione; Trib. Vallo della Lucania, 16 novembre 1982 n. 354, in *Riv. giur. edil.*, 1983 con nota di U.F. Cardarelli; TAR Umbria, 24 gennaio 1990, n. 7, in *i TAR*, 1990, I, 1121;

(79) Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352 *cit.*

(80) Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685.

(81) Cass. 12 settembre 1998, n. 9081 *cit.*

(82) Cons. Stato, 21 gennaio 1997, n. 63, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 405; TAR Calabria, 12 luglio 1991, n. 469, in *i TAR*, 1991, I, 3259.

(83) Il caso si è prospettato nella realtà, avendo formato oggetto del giudizio deciso dalla Cassazione con la sentenza del 29 giugno 1981 n. 4245 *cit.*, in cui si è comunque affermato che l'adesione al progetto, tale da determinare il sorgere del vincolo di inedificabilità a carico del fondo "cedente", "opera indipendentemente dalla circostanza che fra le parti private ne sia stato previamente imposto l'obbligo con la stipulazione del contratto - oneroso o gratuito - i cui effetti prodromici sono indifferenti alla Pubblica Amministrazione".

(84) G. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici cit.*, 128; G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura" cit.*, 641; G. DI VITA, *La cessione di cubatura cit.*, 47 ss.; M. MARE', *Natura e funzione dell'atto d'obbligo cit.*, 1356; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura cit.*, 1078 ; F. GERBO, *La cessione di volumetria cit.*, 106. Benché poco seguita in giurisprudenza, l'opinione che individua nella servitù lo schema giuridico più idoneo a realizzare, insieme agli accorgimenti indicati nel testo, il trasferimento di cubatura, è da considerarsi prevalente in dottrina. In tal senso R. COLLETTI., *La servitù e la cessione di cubatura cit.*, 78; S. CARDARELLI, *Il trattamento tributario dei diritti reali parziari cit.*, 617; M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura cit.*,

547 ss.; M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, in *Trattato diretto da F. Galgano cit.*, 686 ss.; P. DE MARTINIS, *Asservimento di area cit.*, 222; V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura" cit.*, 426; F. ROSELLI, nota a Cass. 29 giugno 1981 *cit.*, 685; C. T. SILLANI, *I "limiti verticali della proprietà fondiaria" cit.* 604 ss.

(85) G. PICCO - A.M. MAROCCO, *op. cit.*, 641.

(86) P. DE MARTINIS, *Asservimento di area cit.*, 222.

(87) N. GRASSANO, *op. cit.*, 1078.

(88) G. DI VITA, *op. cit.*, 54 ss.

(89) M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, in *Trattato diretto da F. Galgano cit.*, 687 ss. che in nota fa anche riferimento ad una prassi notarile. C. T. SILLANI, *I "limiti verticali della proprietà fondiaria" cit.* 605 ss.

(90) L'argomento si ritrova nel contenuto degli scritti difensivi richiamati dalle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate del problema. Per tutte vedi Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 1983, n. 366, in *Foro amm.*, 1983, 1876.

(91) G. PICCO - A.M. MAROCCO, *op. cit.*, 634, ove anche i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali del testo.

(92) A. CANDIAN, *Il contratto cit.*, 25.

(93) M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, in *Trattato diretto da F. Galgano, cit.*, 688.

(94) M. LIBERTINI, *Op. cit.*, 688, nota 59, che riporta l'opinione come pacifica in dottrina, citando per tutti G. GROSSO - G. DEJANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli, Utet, Torino, 1963*, p. 222 ss. e M. COMPORZI, *Servitù*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 295.

(95) A. CANDIAN, *Il contratto cit.*, 80 ss., F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura cit.* 657.

(96) M. LIBERTINI, *Op. cit.*, 689.

(97) R. TRIOLA, nota a Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424.

(98) A. IANNELLI, *La cessione di cubatura cit.*, 743 ss.

(99) S. G. SELVAROLO, *Il negozio cit.*, 67 ss.

(100) M. LIBERTINI, *op. cit.*, 685.

(101) A. RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni cit.*, 152. In tal senso R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura" cit.*, 115; Id., *La natura giuridica cit.*, 1425.

(102) F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura cit.*, 658.

(103) G. PICCO - A.M. MAROCCO, *op. cit.*, 638.

(104) M. LIBERTINI, *op. cit.*, 684. Per rispondere all'interrogativo del testo, M. COSTANZA, *op. cit.*, 373 - che pure aderisce alla tesi della rinuncia - afferma che la rinuncia non è fatta a favore del proprietario del fondo confinante, bensì verso la P.A.

(105) Cass. 6 luglio 1972, n. 2235 *cit.*

(106) S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. cit.*, in *Giust. civ.*, 1995, II 291; P. L. TROJANI, *cit.*, 295.

(107) P. GRASSANO, *La cessione di cubatura cit.*, 386; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura cit.*, 294; M. COSTANZA, *op. cit.*, 372.

(108) C. T. SILLANI, *op. cit.*, 588 ss. e la dottrina ivi richiamata.

(109) M. LIBERTINI, *op. cit.*, 684.

(110) L'opinione è stata sostenuta per la prima volta da G. CECCHERINI, *Il c.d. "trasferimento di cubatura" cit.*, 53 ss. In seguito da V. DE LORENZI, *Sul c.d. trasferimento di cubatura cit.*, 280; A. CHIANALE, *Osservazioni cit.*, 1548; A. CANDIAN, *Il contratto cit.*; F. GAZZONI, *op. cit.*, 658 ss.

(111) G. CECCHERINI, *op. cit.*, 54.

(112) I passaggi contenuti nel testo si ritrovano in G. CECCHERINI, *op. cit.*, 53 ss. Quanto alla distinzione tra procedimento e fattispecie a formazione progressiva, categorie nate tra gli amministrativisti, l'A. fa riferimento ad A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 185 ss. spec. 190. Nella *fattispecie a formazione progressiva* ogni elemento costitutivo è destinato a restare "assorbito" in uno schema più ampio, mentre nel *procedimento* ogni elemento è dotato di autonoma rilevanza, così che pur nella loro concatenazione, il verificarsi dell'ultimo di essi - che saldandosi al primo consente la produzione dell'effetto ulteriore - non impedisce agli altri di continuare a sopravvivere.

(113) G. CECCHERINI, *op. cit.*, 59.

(114) C. T. SILLANI, *op. cit.*, 593 ss.

(115) C. T. SILLANI, *op. cit.*, 594 ss.

(116) M. LIBERTINI, *op. cit.*, 672.

(117) A. IANNELLI, *La cessione cit.*, 741.

(118) A. GAMBARO, *op. cit.*, 527. Analogamente P. PITTER, *Limiti di volumetria cit.*, 436. L'analogia tra le cessioni di cubatura attuate secondo lo schema del testo e le convenzioni di lottizzazione ex art. 8 della legge n.765/1967, è stata ridimensionata da G. CECCHERINI, *op. cit.*, 62., che ne ha posto in rilievo le differenze. E così, mentre la cessione di cubatura è una "convenzione" realizzata nell'ambito di un piano particolareggiato o di un piano di lottizzazione convenzionato, diretta a chiedere alla P.A. la modifica o la precisazione delle disposizioni del piano stesso; la convenzione di lottizzazione sostituisce un piano particolareggiato mancante, ponendosi così quale strumento di attuazione del piano regolatore generale. Inoltre, mentre con la cessione di cubatura la "micropianificazione" si realizza a seguito dell'emissione del provvedimento amministrativo, rispetto al quale l'accordo dei privati opera come semplice presupposto, nella convenzione di lottizzazione la disciplina del territorio si realizza seguito di una "collaborazione" tra privato e P.A. che li pone in una posizione di sostanziale parità.

(119) P. L. TROJANI, *Tipicità cit.*, 298 ss.

(120) A. RUGGIERO, *op. cit.*, 149.

(121) Cass. 8 ottobre 1976 n. 3334 *cit.*

(122) Basti qui richiamare "l'ampia" nozione prospettata da S. PUGLIATTI, voce "Beni" (*teoria generale*), in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, 1959, 174, secondo cui bene giuridico in senso stretto indica la sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela.

(123) Si è già posto all'attenzione del CNN l'incremento del valore economico del fondo nel quale è stata autorizzata l'edificazione. Nella risposta al quesito prospettato (n. 2378, rel. A. Ruotolo), pur negandosi che la concessione edilizia possa costituire oggetto di una commerciabilità separata rispetto al bene cui inerisce, si afferma che la stessa, quale strumento con il quale si riconosce la capacità edificatoria del fondo, assume un'importanza economica decisiva ai fini della complessiva valutazione dell'immobile.

La costituzione di ipoteca su un fondo in considerazione delle sue "accresciute potenzialità edificatorie" si presenta come un'ipotesi poco conveniente e scarsamente diffusa nella prassi; gli istituti finanziari trovano infatti più vantaggioso ottenere la costituzione di garanzie sui fabbricati dal momento che il titolare del fondo "cessionario" potrebbe - in loro danno - ritrasferire a terzi tutta o parte la volumetria edificabile, riducendo indirettamente il valore del bene ipotecato.

(124) E' senz'altro da accogliere l'opinione, sopra riportata, secondo cui l'effetto finale del trasferimento di cubatura giunge a conclusione di un procedimento, i cui elementi costitutivi sono rappresentati dal negozio di diritto privato e dal provvedimento amministrativo.

(125) Se è pregiudiziale al negozio de quo la stipulazione di una servitù, la forma del negozio non può che essere quella prevista dall'art. 1350 c.c. escludendosi pertanto che - come è stato sostenuto - forma idonea al trasferimento *de quo* possa essere il semplice scambio di corrispondenza tra il "cedente" e il "cessionario" la cubatura.

(126) V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi*, in *Convenzioni urbanistiche cit.*, 87, che sviluppa il discorso particolarmente sulle convenzioni, considerate come veri e propri contratti

(127) A. CANDIAN, *Il contratto cit.*, 226 ss. che tra gli strumenti urbanistici di origine privata, ricorda una serie di convenzioni, tra le quali quelle di lottizzazione ex art. 8 l. 765/1967, quelle previste per la realizzazione dei piani per insediamenti produttivi ex art. 27 l. 865/1971, quelle riferite alla realizzazione dei piani di edilizia economico-popolare (l. 167/1962, art. 35 l. 865/1971).

(128) In tal senso A. CANDIAN, *Il contratto cit.*, 230 ss.

(129) P. DE MARTINIS, *op. cit.*, 220.

(130) Cons. Stato, sez. V, 23, febbraio, 1973, n. 178, in *Cons. Stato*, 1973, I, p. 222.

(131) Sulla validità ed efficacia dei trasferimenti di volumetria, anche in assenza di previsioni urbanistiche che espressamente li prevedano, per tutte, Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 1983, n. 366, in *Cons. Stato*, 1983, I, 910, Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 1971, n. 632 in *Cons. Stato*, 1971, I, 1122.

(132) M. LIBERTINI, *op. cit.*, 667.

(133) M. MARE', *op. cit.*, 1357 ss.

(134) Cons. Stato, sez. V, 23, febbraio, 1973, n. 178, *cit.*

(135) Cass. 29 giugno 1981 n. 4245 *cit.*

(136) Trib. Vallo della Lucania, 16 novembre 1992, n. 354 *cit.*

(Riproduzione riservata)