

LA NUOVA
GIURISPRUDENZA
CIVILE
COMMENTATA

ANNO XIII

PARTE PRIMA

1997

RIVISTA BIMESTRALE
de *Le Nuove Leggi Civili Commentate*

a cura di

GUIDO ALPA e PAOLO ZATTI

Comitato scientifico:

A. ALBISETTI, G. ALPA, P. AUTERI, M. BASILE, BELVEDERE, G. BONILINI,
U. BRECCIA, F. CAPRIGLIONE, S. CARBONE, P. CENDON, S. CHIARLONI, V. COLUSSI,
L.P. COMOGLIO, M. DE ACUTIS, R. DE LUCA TAMAJO, B. INZITARI, G. IUDICA,
M. LIBERTINI, G. MARASÀ, A. MASI, P. MASI, C.M. MAZZONI, O. MAZZOTTA,
E. MOSCATI, A. PATRONI GRIFFI, S. PATTI, E. QUADRI, E. ROPPO, G. SBISÀ,
G. SILINGARDI, M. TAMPONI, M. TARUFFO, G. VISENTINI, G. VISINTINI,
R. WEIGMANN, P. ZATTI, V. ZENO ZENCOVICH

Comitato di direzione:

G. ALPA, S. CHIARLONI, L.P. COMOGLIO, G. IUDICA, C.M. MAZZONI,
E. MOSCATI, S. PATTI, E. QUADRI, P. ZATTI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1997

Nota di commento: «Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria»

I. Il caso

Con la pronuncia in epigrafe, la Corte di Cassazione è intervenuta sulla dibattuta questione concernente la *configurazione giuridica della c.d. «cessione di cubatura»*.

Il caso affrontato riguardava l'acquisto della proprietà di terreni sui quali la possibilità di costruzione di immobili, consentita dagli strumenti urbanistici vigenti, era risultata ridotta per un precedente parziale trasferimento della potenzialità edificatoria, da parte dell'alienante, a vantaggio di altri fondi dal medesimo venduti.

Ci si è dunque interrogati riguardo alla necessità che il c.d. trasferimento di volumetria presupponga il perfezionamento di un accordo, con cui una delle parti «cede» all'altra tutto o parte dello *ius aedificandi* di spettanza del proprio fondo, gratuitamente o verso corrispettivo.

La decisione in esame ha ribadito un precedente orientamento della Suprema Corte, affermando l'irrelevanza di un accordo e reputando occorrere all'uopo esclusivamente una rinuncia espressa al Comune da parte del proprietario del suolo, la cui volumetria si vuole, appunto, trasferire; solo, poi, il provvedimento concessorio dell'ente, «a seguito della rinuncia» varrebbe «a determinare il trasferimento di cubatura».

In primo luogo, sembra opportuno sottolineare che mentre la giurisprudenza ha dedicato la sua attenzione soprattutto al problema particolare del regime fiscale della cessione di cubatura, pronunciandosi solo incidentalmente sul problema generale della natura giuridica dell'atto di trasferimento di volumetria, in dottrina è avvenuto esattamente il contrario. Quest'ultima, infatti, ha approfondito principalmente il profilo sistematico, al fine di individuare lo strumento più idoneo a realizzare l'accorpamento urbanistico di più aree.

II. Le questioni

La fattispecie giuridicamente qualificabile in termini di «accorpamento urbanistico di più aree» può concretamente prospettarsi in due distinte varianti. In entrambe, il dato caratterizzante è costituito dal fatto che si aumenta la capacità edificatoria di un'area, rispetto a quella in concreto consentita in base alla disciplina urbanistica, in quanto si utilizza anche la cubatura (intesa, appunto, come volumetria edificabile) spettante ad altre aree; in entrambe, inoltre, è necessario che i fondi coinvolti nell'opera-

zione abbiano la medesima destinazione urbanistica e siano contigui. Il fattore che distingue le due ipotesi consiste, invece, nella titolarità delle aree da accorpate: in un caso, i fondi appartengono allo stesso proprietario; nell'altro, l'utilizzazione giuridica di un'area, ai fini della volumetria consentita, avviene da parte di un soggetto diverso dal proprietario. Quest'ultima fattispecie viene denominata indifferentemente sia «trasferimento di volumetria» sia «cessione di cubatura».

Per una corretta impostazione della problematica in esame, pare opportuno premettere alcune considerazioni sulla natura e sulle principali caratteristiche delle due figure di asservimento.

Al riguardo, occorre rilevare che, mentre in dottrina non sempre si opera una distinzione, in giurisprudenza, invece, si è andato consolidando un diverso orientamento, secondo cui l'accorpamento di più aree appartenenti allo stesso proprietario non richiede particolari atti negoziali e, conseguentemente, non ha alcuna pubblicità nei registri immobiliari.

In via del tutto incidentale, sembra opportuno ricordare che la necessità di un atto negoziale è, invece, sancita dall'art. 29, comma 2°, l.r. Puglia, 31.5.1980, n. 56, laddove si dispone che «il rilascio della concessione edilizia è subordinato alla trascrizione, a cura e spese del destinatario, di atto di obbligo relativo all'asservimento, al manufatto consentito, dell'area che ha espresso la relativa volumetria».

Tale normativa appare, invero, criticabile. Gli atti che devono essere resi pubblici con il sistema della trascrizione sono, infatti, tassativi e tra essi non figura quello di asservimento che, tra l'altro, non produce alcuno degli effetti previsti dall'art. 2643 cod. civ.

Una parte della giurisprudenza ritiene che l'asservimento del fondo sia una limitazione legale alla proprietà che discende immediatamente dal provvedimento amministrativo di concessione edilizia, indipendentemente dalla eventuale e successiva attività di edificazione. Si è così affermato che, in caso di alienazione di immobili che risultino colpiti da particolari limiti di edificabilità, derivanti da un provvedimento che non ha carattere normativo, come quello concessorio, il terzo acquirente possa domandare, ex art. 1489 cod. civ., la risoluzione del contratto oppure una riduzione del prezzo (oltre il risarcimento del danno).

La dottrina, pur non distinguendo sempre, come si è detto, la fattispecie della c.d. «cessione di cubatura» da quella dell'accorpamento urbanistico di più aree appartenenti allo stesso proprietario, ritiene che quest'ultima non si possa inquadrare nello schema della servitù per l'evidente contrasto

con il principio del «*nemini res sua servit*». Si è così prospettato il ricorso alla figura della rinuncia, in tutto o in parte, al diritto di superficie sul fondo che perde la cubatura, sul presupposto che in tal modo l'autorità amministrativa si determini a rilasciare al rinunziante la concessione «maggiorata».

Tale impostazione non sembra, invero, condivisibile. Infatti, con il negozio di rinuncia si possono dismettere diritti e non mere facoltà. La rinuncia ad edificare sul fondo comporterebbe, pertanto, una inammissibile dismissione di una delle facoltà che rientrano nel più ampio contenuto del diritto di proprietà. Il titolare dell'area da asservire potrà rinunciare alla facoltà di costruire solo rinunciando alla proprietà della stessa: il che sembra, oltre che improbabile, sicuramente eccessivo. Né vale obiettare che la rinuncia avrebbe ad oggetto, non una mera facoltà, bensì il diritto di superficie sull'area, giacché quest'ultimo, quale *ius in re aliena*, è un diritto autonomo solo se costituito dal proprietario a favore di altro soggetto. Ciò che non è dato riscontrare nella fattispecie in esame.

L'esposizione, sin qui svolta, delle principali opinioni manifestate dalla giurisprudenza e dalla dottrina sulla figura del c.d. accorpamento urbanistico di più aree appartenenti allo stesso proprietario, non può non lasciare insoddisfatti.

Se il vincolo di asservimento non richiede, nella figura in esame, alcun atto negoziale, occorre, tuttavia, che l'edificazione consentita dalla concessione edilizia, derogatoria degli *standards* volumetrici, sia posta in essere.

A tale ricostruzione non osta il fatto che il fondo «asservito» possa essere successivamente alienato dal proprietario come libero da ogni peso inerente alla edificabilità, non avendo il vincolo alcuna forma di pubblicità. E, infatti, qualora ciò accada, l'acquirente non potrà ottenere dall'autorità amministrativa competente il rilascio di una concessione edilizia che non tenga conto della pregressa utilizzazione edificatoria dei due fondi coinvolti nell'operazione di accorpamento, in quanto, nel momento stesso della compravendita, si costituirà una vera e propria servitù per destinazione del padre di famiglia (art. 1062 cod. civ.).

Né rileva la non apparenza del vincolo sull'area alienata perché le opere visibili e permanenti, destinate all'esercizio della servitù, ben possono trovarsi sul fondo dominante.

Anche l'obiezione secondo cui, trattandosi di *servitus non aedificandi* o *altius non tollendi*, difetterebbe ontologicamente il carattere dell'apparenza e, pertanto, non sarebbe possibile costituire tale servitù per destinazione del padre di famiglia (ex art. 1061, comma 1°, cod. civ.) è priva di consistenza.

La servitù che grava sul fondo, prima «asservito»

con l'edificazione e poi alienato, è, infatti, una servitù atipica, in quanto il peso imposto al fondo servente non consiste soltanto nel non edificare, o nel non innalzare la costruzione oltre una certa altezza, ma anche nel sopportare che sul fondo dominante esista un edificio più grande di quello che si sarebbe potuto costruire in conformità alle prescrizioni urbanistiche vigenti.

Svolte queste indispensabili considerazioni, è necessario richiamare l'attenzione sulla fattispecie esaminata dalla Suprema Corte con la sentenza qui annotata: la c.d. «cessione di cubatura».

Parte della dottrina rinviene nell'atto di trasferimento di volumetria un contratto atipico ad effetti obbligatori, con il quale una parte si obbliga a prestare il proprio consenso, affinché la cubatura che le compete in base alle disposizioni degli strumenti urbanistici vigenti venga attribuita dal Comune all'altro contraente, proprietario del fondo contiguo.

In tale ottica, la cessione di cubatura sarebbe da ricollegare al provvedimento amministrativo di concessione edilizia, e non all'accordo tra i proprietari delle aree contigue.

A tale impostazione ha aderito la Corte di Cassazione in alcune sue decisioni, tra cui quelle in esame, nelle quali, sul presupposto che ciò che interessa al Comune è la disponibilità, da parte di chi vuol costruire, della volumetria realizzabile sull'area contigua, ha addirittura escluso la necessità, ai fini della «cessione» di cubatura, di un negozio privato con effetti obbligatori o reali, essendo a ciò sufficiente la rinuncia all'utilizzazione della volumetria, attuata anche attraverso la semplice adesione del «cedente» al progetto edilizio presentato dal «cessionario». Tale adesione si può esprimere in varie forme: con una dichiarazione espressa (si pensi al preventivo impegno alla rinuncia seguito dall'effettiva rinuncia), con una dichiarazione tacita alla pubblica amministrazione (si pensi alla presentazione congiunta della domanda di rilascio della concessione «maggiorata» da parte del «cessionario» e del «cedente» o alla controfirma dell'istanza da parte di quest'ultimo), con un successivo atto di ratifica da parte del «cedente» della concessione «maggiorata» rilasciata al «cessionario».

Secondo questa prospettiva, l'accordo, con cui una delle parti «cede» (parzialmente o per intero) la cubatura del proprio fondo all'altra, per consentirle di chiedere ed ottenere una concessione che gli permetta di edificare un immobile di volume maggiore di quello che avrebbe potuto altrimenti realizzare, ha una efficacia soltanto obbligatoria *inter partes* e non ha alcun valore sul piano del procedimento pubblicistico, per il quale rileva esclusivamente la rinuncia all'utilizzazione della volumetria

manifestata dal «cedente» al Comune. Per questa parte della giurisprudenza, il trasferimento di volumetria non sarebbe, dunque, effetto del negozio, ma del provvedimento discrezionale di concessione edilizia.

Analogamente si esprime quella parte della dottrina che individua, nell'atto di cessione in questione, una rinunzia, da parte del proprietario del fondo da asservire, a richiedere la concessione.

Tuttavia, questo orientamento sembra cadere nell'errore di considerare solo il momento finale della complessa fattispecie denominata «cessione di cubatura», dando prevalenza alla «fase» pubblicistica, in cui la pubblica amministrazione rilascia la concessione «maggiorata», rispetto a quella privatistica, in cui le parti si vincolano allo scopo di conseguire la «cessione» della cubatura da un fondo all'altro.

Tale impostazione non pare interamente condivisibile. Infatti, la pubblica amministrazione, una volta esaurito il procedimento pianificatorio, non ha alcuna *potestas variandi* nella ripartizione delle volumetrie edificabili, in quanto manca una disposizione di legge che le attribuisca una simile facoltà.

Ragionando secondo le tesi sopra enunciate, si giungerebbe all'inammissibile conclusione di ritenere legittimo un atto dell'autorità amministrativa (la concessione edilizia «maggiorata»), conformativo del contenuto del diritto di proprietà, che non è previsto dalla legge e non riguarda una categoria di beni omogenei, ma un singolo bene.

Poiché la pubblica amministrazione non ha alcun potere conformativo che gli consenta di realizzare trasferimenti di volumetria riguardanti singole aree, se non per fini di interesse generale, ne consegue che i privati devono essi stessi comprimere il loro diritto di proprietà, mediante strumenti di natura privatistica.

Dunque, non ha senso parlare di prevalenza di una «fase» sull'altra, in quanto, nel procedimento diretto alla realizzazione di quella fattispecie complessa, denominata cessione di cubatura, i due «momenti», quello privatistico e quello pubblicistico, risultano rivestire un ruolo complementare. La pubblica amministrazione, infatti, si deve limitare a verificare che il programmato asservimento sia conforme alle prescrizioni contenute negli strumenti urbanistici vigenti («momento» pubblicistico), e nel fare ciò non può prescindere dalla «fase» privatistica, mancando altrimenti l'oggetto dell'attività di controllo. Si è, pertanto, in presenza di un procedimento a composizione mista, in cui vi sono momenti di carattere privatistico e momenti di pertinenza del diritto amministrativo.

A maggior sostegno delle argomentazioni sin qui svolte, deve rilevarsi che l'autorità amministrativa, nel rilascio del provvedimento concessorio, ha una

mera discrezionalità tecnica. E non si può sostenere che la «fase» privatistica non mancherebbe in quanto il Comune può emanare la concessione edilizia solo a seguito della rinunzia alla cubatura espressa dal «cedente». La dottrina ha, infatti, chiarito che un negozio a struttura unilaterale risulta insufficiente, perché dovrebbe comportare per la pubblica amministrazione la necessità di redistribuire la volumetria «rinunziata» tra tutti i proprietari finitimi.

Secondo una diversa prospettiva, già fatta propria dalla Cassazione, l'atto di trasferimento di volumetria sarebbe, invece, un contratto mediante il quale il «cedente» distacca (in tutto o in parte) la facoltà di costruire che inerisce al suo diritto di proprietà e «formando un diritto a sé stante», lo trasferisce definitivamente al «cessionario» a beneficio del fondo di costui.

In particolare, si è sostenuto che sebbene i diritti reali soggiacciono al principio del *numerus clausus*, la classificazione stabilita dall'art. 813 cod. civ. potrebbe essere derogata da norme speciali, come quelle di attuazione del piano regolatore della città di Torino, che prevedono espressamente la cessione di cubatura.

Questo orientamento non considera che il principio del numero chiuso dei diritti reali può essere derogato solo da norme di pari grado di quelle del codice e non certo da norme di grado inferiore, quali sono le «norme di attuazione» dei piani regolatori generali, le quali hanno natura regolamentare. La facoltà di costruire, inoltre, può essere trasferita autonomamente dal diritto di proprietà, cui inerisce, solo mediante un contratto formale di costituzione del diritto di superficie (art. 952 cod. civ.).

I rilievi svolti indirizzano l'indagine verso una differente ricostruzione della fattispecie, capace di limitare l'intervento dell'autorità amministrativa ad un ruolo di semplice garante del rispetto, nei trasferimenti di volumetrie, delle prescrizioni stabilite dagli strumenti urbanistici vigenti.

Sembra, infatti, che il negozio di natura privatistica, con cui i privati comprimono essi stessi il diritto di proprietà sull'area asservita, costituendo in tal modo un diritto reale tipico, un diritto, cioè, di servitù, e il provvedimento di concessione edilizia integrino una fattispecie complessa.

In particolare, il primo atto, con il quale si costituisce la servitù, risulta sottoposto alla condizione (sospensiva) del rilascio al proprietario del fondo dominante, da parte del Comune, entro un determinato termine, di una concessione edilizia che gli consenta di edificare una volumetria maggiore di quella che gli spetterebbe.

In altri termini, il motivo per il quale le parti costituiscono la servitù, per acquistare rilevanza

giuridica, deve essere sviluppato in una condizione.

Una parte della dottrina ritiene che questa condizione sia una *conditio iuris*, in quanto prevista dal piano regolatore.

Questa opinione non può essere condivisa, perché la cessione di cubatura è una fattispecie che si può realizzare anche in assenza di una disposizione, contenuta negli strumenti urbanistici, che espressamente la preveda.

Secondo una diversa prospettiva, il provvedimento amministrativo di concessione edilizia rappresenterebbe una condizione non sviluppata, e pertanto occorrerebbe ricorrere allo schema della presupposizione per giustificare la caducazione del vincolo, ove il Comune non rilasci la concessione «maggiorata».

Neppure questa opinione può essere condivisa, in quanto proprio la circostanza secondo la quale la concessione edilizia può, per sua intrinseca natura, nel caso concreto, non essere rilasciata dalla pubblica amministrazione pare ostativa al ricorso all'istituto della presupposizione. Infatti, come ha chiarito la giurisprudenza in una nota sentenza, la presupposizione si differenzia dalla condizione «*in quanto, pur potendosi riferire sia ad un evento passato o presente sia ad un evento futuro, questo non si pone, nella rappresentazione delle parti, con il carattere dell'incertezza, come è invece nella condizione*».

Di recente, si è nuovamente prospettata la possibilità di inquadrare il trasferimento di volumetria nello schema del negozio ad effetti obbligatori. In tale ottica, il vincolo risulterebbe dal certificato di destinazione urbanistica, rilasciato dalla medesima autorità amministrativa competente al rilascio della concessione edilizia, certificato che, ai sensi dell'art. 18 della l. n. 47/1985, deve essere allegato agli atti aventi ad oggetto il trasferimento delle aree non edificate.

Neppure questa tesi può essere condivisa per due ragioni. In primo luogo, non avendo la pubblica amministrazione, come si è detto, il potere di conformare le singole aree, è necessario che i contraenti vincolino il fondo «cedente» non solo tra di loro, ma anche *erga omnes*. In altri termini, se si ricorresse ad un negozio con effetti obbligatori, il «trasferimento» della volumetria, e quindi la limitazione del diritto dominicale del «cedente», nei confronti dei terzi, sarebbe imputabile esclusivamente al provvedimento concessorio del Comune che, invece, tale potere non ha. In secondo luogo, il vincolo che grava sul fondo «cedente» non risulta dal certificato di destinazione urbanistica, perché quest'ultimo deve contenere solo le «prescrizioni urbanistiche» riguardanti l'area interessata.

In conclusione, la tesi fatta propria dalla Cassazione non può essere interamente condivisa: se è

vero che il trasferimento di volumetria si verifica solo all'atto del rilascio della concessione edilizia «maggiorata», è anche vero che in mancanza di una precedente convenzione, con cui le parti hanno vincolato *erga omnes* il fondo «cedente», la pubblica amministrazione non ha il potere di redistribuire le volumetrie tra le due aree.

III. I precedenti

Per l'esame degli indirizzi della Corte di Cassazione e della giurisprudenza di merito sulla questione concernente la configurazione giuridica della c.d. «cessione di cubatura», si rinvia alla mia rassegna *Asservimento di area e cessione di cubatura*, pubblicata, di recente, in questa *Rivista*, 1996, II, 213 ss.

La sentenza in esame richiama espressamente, a favore della propria impostazione, CASS., 29.6.1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685, e CASS., 14.12.1988, n. 6807, in questa *Rivista*, 1989, I, 368. Per un diverso orientamento, cui si ricollegano le considerazioni svolte nel presente commento, basti qui ricordare CASS., 25.10.1973, n. 2743, in *Foro it.*, 1974, I, 92, e CASS., sez. un., 20.12.1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 209.

La sentenza citata a proposito della differenziazione dell'istituto della presupposizione da quello della condizione è CASS., 17.5.1976, n. 1738, in *Giust. civ.*, 1976, I, 977.

IV. La dottrina

Anche per una sintetica esposizione degli orientamenti emersi in dottrina sul problema della «cessione di cubatura», si rinvia alla rassegna citata *supra*, sez. III, con particolare riferimento alle pagine 224 ss.

Ritiene (in nota alla sentenza qui commentata) che il vincolo di asservimento possa risultare dal certificato di destinazione urbanistica, VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, in *Notariato*, 1996, 425.

Sostengono, invece, che il certificato di destinazione urbanistica debba contenere esclusivamente le «prescrizioni urbanistiche» riguardanti l'area interessata SANTARCANGELO, *Condominio edilizio*, Giuffrè, 1981, 230, e LOSA, *Sanatoria dell'abusivismo e nuove norme di controllo dell'attività urbanistico-edilizia*, IPSOA, 1985, 134.

Sul certificato di destinazione urbanistica, cfr. anche: MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 1986, 799 ss.; GARLATTI, nel *Commentario breve al Codice Civile - Leggi complementari*, a cura di ALPA-ZATTI, Cedam, 1995, 2269 ss.; BASSANI-ITALIA, *Sanatoria e condono edilizio*, Giuffrè, 1985, 118 ss.

PAOLO DE MARTINIS