
LA NUOVA
GIURISPRUDENZA
CIVILE
COMMENTATA

ANNO XII

PARTE SECONDA

1996

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. SBISA,
G. SILINGARDI, M. TAMPONI, M. TARUFFO, G. VISENTINI, G. VISINTINI,
R. WEIGMANN, P. ZATTI, V. ZENO ZENCOVICH

Comitato di direzione:

G. ALPA, U. BRECCIA, S. CHIARLONI, B. INZITARI, G. IUDICA, C.M. MAZZONI,
O. MAZZOTTA, E. MOSCATI, S. PATTI, E. QUADRI, M. TARUFFO, P. ZATTI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1996

ASSERVIMENTO DI AREA E CESSIONE DI CUBATURA

di PAOLO DE MARTINIS

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Asservimento di area. – 3. Variazione dei vincoli e nozione di lotto. – 4. Presupposti dell'accorpamento urbanistico di più aree. – 5. Cessione di cubatura.

1. PREMESSA. Con il termine cubatura si indica la volumetria edificabile su una certa area, quale risulta consentita dagli strumenti urbanistici; essa si determina calcolando il rapporto tra l'estensione dell'area e il volume edificabile stabilito da tali strumenti per quella zona.

La cubatura è, dunque, un limite, prescritto in genere dal piano regolatore (o, in mancanza di strumento urbanistico, dalla legge), al diritto di edificare quale facoltà spettante al proprietario del suolo.

Al riguardo occorre premettere che con la l. 28.1.1977, n. 10, il legislatore, nell'intento di incorporare dal diritto di proprietà del suolo lo *ius aedificandi*, ha introdotto l'istituto della concessione in sostituzione di quello della licenza. Ne deriva che il diritto di edificare non sarebbe più una facoltà inerente alla proprietà del suolo, ma l'oggetto di un possibile provvedimento, appunto, di concessione amministrativa.

Proprio in una simile prospettiva, da parte di un orientamento giurisprudenziale (PRET. GALATINA, 30.7.1975, in *Giur. it.*, 1976, II, 530), si era già esclusa la trasferibilità dello *ius aedificandi* da un lotto all'altro, affermandosi la nullità dei contratti stipulati a tal fine.

In senso difforme rispetto all'accennata impostazione, però, si è espressa, con una nota e fondamentale (ma anche assai controversa) presa di posizione, la CORTE COST., 25.1.1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, I, 273, la quale ha esplicitamente affermato che, sebbene «*il sistema normativo attuato per disciplinare l'edificabilità dei suoli demanda alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul come e anche sul quando (...) della edificazione*», tuttavia, poiché il proprietario, concorrendo tutte le condizioni

prescritte dalla legge, ha il diritto di edificare, ne deriva che lo *ius aedificandi* «*continua ad inervire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati (...) compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici*».

Si è di conseguenza ritenuto che la concessione a edificare non attribuisca nuovi diritti, ma presupponga facoltà preesistenti: adempiendo così ad una funzione sostanzialmente analoga a quella dell'antica licenza, consistente nel controllo dell'esistenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto.

Limiti alla facoltà di edificare sono stati introdotti, in particolare, dalla l. n. 765/1967 (c.d. «legge ponte») con la previsione di *standards* urbanistici, diretti a garantire la conservazione del paesaggio urbano tradizionale.

Con il termine *standards* si indicano sia i limiti restrittivi di edificabilità che devono essere osservati nei Comuni che sono privi di strumento urbanistico o nelle c.d. zone bianche del piano regolatore generale, sia i limiti inderogabili (di densità, di altezza, di distacco) e i rapporti percentuali (per attrezzature e servizi pubblici) che i Comuni sono tenuti ad osservare nella formazione di nuovi strumenti urbanistici, ovvero nella revisione di quelli precedentemente vigenti.

La dottrina prevalente distingue detti *standards* in generali, o ad operatività immediata, in quanto vincolano immediatamente i privati che richiedono la concessione edilizia (sono quelli stabiliti per i Comuni sforniti di piano regolatore generale o di programma di fabbricazione), e speciali, o ad operatività differita al momento del loro recepimento da parte degli strumenti urbanistici.

Gli *standards* urbanistici generali sono previsti dai primi cinque commi dell'art. 17 della l. n. 765/1967, inserito nel testo della c.d. legge

urbanistica (l. 17.8.1942, n. 1150) come art. 41 *quinquies*. In particolare, il comma 1°, lett. a, dispone che «il volume complessivo costruito di ciascun fabbricato non può superare la misura di un metro cubo e mezzo per ogni metro quadrato di area edificabile, se trattasi di edifici ricadenti in centri abitati, (...) e di un decimo di metro cubo per ogni metro quadrato di area edificabile, se la costruzione è ubicata nelle altre parti del territorio».

Gli *standards* urbanistici speciali sono stabiliti dallo stesso articolo ai commi 8° e 9°, ove si sancisce, tra l'altro, che «in tutti i Comuni, ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, debbono essere osservati limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra fabbricati (...) definiti per zone territoriali omogenee, con decreto del Ministro per i lavori pubblici di concerto con quello per l'interno, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici».

Alla luce di questa normativa, il proprietario di un suolo, per stabilire quanti metri cubi si possono edificare sul suo terreno, è tenuto a verificare i limiti di densità edilizia fissati dal piano regolatore (o da altro strumento urbanistico equivalente), ovvero, in assenza di disciplina urbanistica, dagli *standards* planovolumetrici stabiliti dall'art. 41 *quinquies* della legge urbanistica; qualora il rapporto planovolumetrico non gli consenta di realizzare l'edificio progettato, potrà chiedere la cessione delle volumetrie da loro potenzialmente realizzabili ai proprietari dei terreni ubicati nella medesima zona.

Il c.d. contratto di cessione di cubatura è, appunto, lo strumento mediante il quale si conviene fra i proprietari di due terreni edificabili che l'uno «ceda» all'altro tutto o parte dello *ius aedificandi* di spettanza del proprio fondo, gratuitamente o verso corrispettivo.

La cessione di cubatura, oltre ad essere in genere ammessa nella prassi amministrativa, è espressamente contemplata e disciplinata da alcuni piani regolatori.

Nel Comune di Torino, ad esempio, l'art. 6 delle norme di attuazione del piano regolatore generale - approvate unitamente al piano con d.p.r. 6.10.1959, in G.U. 21.12.1959, n. 308 - dispone che «nell'ambito del singolo lotto,

dell'isolato, del gruppo di isolati o dell'intera zona (a seconda dell'unità fabbricativa compresa nel piano d'insieme) la cubatura ammessa è trasferibile anche su diverse proprietà purché il trapasso di cubatura avvenga in sede di piano particolareggiato, previa stipulazione, con l'intervento del Comune, di atto pubblico che regoli il trasferimento della cubatura mediante vincolo sulle aree a minore sfruttamento o da mantenersi libere in modo che sia conservata nel complesso la cubatura media di zona». «Qualora si faccia luogo al trasferimento di cubatura tra le diverse proprietà, su ogni singolo lotto di terreno non potranno essere sorpassati» determinati limiti massimi.

2. ASSERVIMENTO DI AREA. La giurisprudenza, in specie amministrativa, richiede per i trasferimenti di volumetria un atto di asservimento di un'area all'edificio da costruire. Tuttavia, il termine asservimento viene impiegato in accezioni tra loro differenti che devono essere opportunamente distinte.

In un primo significato, ci si riferisce alla conseguenza che deriva dalla utilizzazione della capacità edificatoria dell'area. A causa della fissazione nei piani urbanistici di indici riguardanti l'utilizzo edificatorio di un lotto, per definire la volumetria di un'area si deve tener conto delle eventuali precedenti costruzioni ivi presenti. Con l'edificazione si instaura, quindi, una relazione di «asservimento» dell'area alla costruzione (CONS. STATO, V sez., 23.2.1973, n. 178, in *Foro amm.*, 1973, I, 2, 140, e in *Riv. giur. edil.*, 1973, I, 380; T.A.R. PIEMONTE, 10.7.1974, in *Foro amm.*, 1974, I, 2, 861; T.A.R. PIEMONTE, 6.2.1980, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 1287). Ne consegue che «un'area già interamente considerata in occasione del rilascio di una concessione edilizia, agli effetti del computo della volumetria realizzabile, non può essere considerata libera, neppure in parte, ai fini del rilascio di una seconda concessione nella perdurante esistenza del primo edificio, a prescindere dalle vicende concernenti la proprietà dei terreni» (CONS. STATO, V sez., 15.1.1986, n. 38, in *Cons. Stato*, 1986, I, 73), cioè anche nel caso in cui il suolo venga ceduto, in quanto il terzo acquista il lotto con la volumetria che residua dall'utilizzo edificatorio pregresso del suo dante causa.

In senso sostanzialmente conforme, si è espresso CONS. STATO, V sez., 15.10.1986, n. 542, in *Riv. giur. edil.*, 1987, 115, affermando che «ai fini del computo della volumetria massima assentibile, occorre aver riguardo al fatto oggettivo dell'utilizzazione edificatoria di un'area, che ha l'effetto di impedirne l'ulteriore edificazione oltre i limiti consentiti, a nulla rilevando che la proprietà dell'area sia stata trasferita ad altri, l'edificazione sia direttamente ascrivibile ad altri, manchino specifici negozi giuridici privati diretti all'asservimento e l'edificio insista su una parte del lotto catastalmente divisa» (in tal senso cfr. anche CONS. STATO, n. 178/1973, cit.).

Sulla impossibilità di utilizzare nuovamente le capacità edificatorie che sono state già precedentemente utilizzate per realizzare una costruzione in assenza di concessione edilizia, si è espressa la giurisprudenza (T.A.R. LOMBARDIA, 21.10.1985, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 4171), affermando che «legittimamente il Comune, in sede di esame della domanda di concessione edilizia, valuta, ai fini della verifica del rapporto superficie-volume, la consistenza di edifici realizzati abusivamente sulla stessa area, purché per questi ultimi abbia già fornito risposta all'eventuale domanda di sanatoria proposta dal richiedente».

L'asservimento in questione ha una rilevanza meramente pubblicistica, poiché incide sulla possibilità di richiedere nuove concessioni edilizie; il suo carattere reale, in quanto opponibile *erga omnes*, discende unicamente dal carattere reale della disciplina urbanistica.

Con il termine «asservimento» ci si riferisce anche ad una diversa fattispecie, meglio nota come accorpamento urbanistico di più aree (di più «lotti»), alla quale si ricorre qualora l'area, su cui dovrebbe insistere la costruzione, non risulti dotata di sufficienti capacità edificatorie e, pertanto, si renda necessario computare la volumetria di altre aree appartenenti allo stesso proprietario.

Ne chiarisce il significato T.A.R. CALABRIA, 12.7.1991, *ivi*, 1991, I, 3259, affermando che «è insito nel concetto stesso di asservimento di un'area ad una costruzione, per la quale si chiede concessione edilizia, la funzione di concentrare su un'area, oltre la volumetria propria di essa, anche quella spettante ad aree diverse, (...) pur

sempre nel rispetto delle norme che disciplinano l'attività edilizia sull'area a favore della quale viene operato l'asservimento onde prevenire, attraverso tale strumento, l'elevazione dei limiti (volumetrici) posti dallo strumento urbanistico di disciplina dell'attività edificatoria».

Secondo una prima opinione (T.A.R. LAZIO, 22.11.1978, *ivi*, 1978, I, 4454), ai fini della determinazione della volumetria di un erigendo fabbricato, è possibile il calcolo di più aree disponibili solo nei casi in cui l'accorpamento di aree è consentito dalle disposizioni urbanistiche vigenti.

Sembra però preferibile la tesi sostenuta da CONS. STATO, V sez., 8.9.1983, n. 366, in *Cons. Stato*, 1983, I, 910, secondo cui «in carenza di prescrizioni espressamente contenute nello strumento urbanistico vigente, deve ritenersi legittimo l'asservimento, allo scopo di raggiungere una certa volumetria edificabile, di un'area contigua a quella direttamente interessata alla costruzione».

L'accorpamento di più aree di uno stesso proprietario non richiede particolari atti negoziali (CONS. STATO, V sez., 4.1.1993, n. 26, in *Foro it.*, 1993, II, 573) e, conseguentemente, non ha alcuna pubblicità nei registri immobiliari, sia perché non vi è alcun trasferimento di diritti, sia perché nel nostro ordinamento vige la regola della tipicità degli atti da trascrivere.

In particolare, si è affermato in giurisprudenza il principio secondo il quale la necessità di un atto negoziale di asservimento sussiste solo quando «si verifica l'utilizzazione giuridica di un'area, ai fini della volumetria consentita, da parte di un soggetto diverso dal proprietario», e cioè esclusivamente nella fattispecie denominata «trasferimento di volumetria» (CONS. STATO, V sez., 28.6.1971, n. 632, in *Cons. Stato*, 1971, I, 1122; in *Foro amm.*, 1971, I, 2, 691; CONS. STATO, V sez., 23.2.1973, n. 178, cit.; T.A.R. PIEMONTE, 28.1.1976, in *Trib. amm. reg.*, 1976, I, 849).

Di diverso avviso è, invece, T.A.R. VALLE D'AOSTA, 14.7.1978, in *Foro amm.*, 1978, I, 2547, che richiede per il rilascio della concessione edilizia maggiorata un formale atto di asservimento presentato dal proprietario dei due lotti all'Amministrazione comunale e da quest'ultima accettato.

La necessità di un atto negoziale è sancita

anche nell'art. 29 della l.r. Puglia 31.5.1980, n. 56, laddove si dispone (comma 2°) 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».

Così nella Regione Puglia avviene che il rilascio della concessione edilizia è subordinato alla trascrizione dell'atto di asservimento, risultante da atto pubblico, ovvero da scrittura privata autenticata. La trascrizione non è, si badi, un requisito che esula dalla formazione dell'iter procedimentale di rilascio della concessione, ma rappresenta un elemento essenziale e costitutivo del procedimento concessorio, il quale non può perfezionarsi mettendo capo al rilascio della concessione, senza che essa sia stata preventivamente effettuata (T.A.R. PUGLIA, 30.5.1990, in *Trib. amm. reg.*, 1990, I, 4443).

Tale disciplina regionale si propone, come ha chiarito la giurisprudenza, di eliminare «l'inconveniente che il concessionario e, soprattutto, i suoi aventi causa siano facoltati a produrre nuove istanze edilizie (...) senza che siano gravati dall'onere di tener conto dell'indice volume/superficie del quale l'Amministrazione comunale aveva già accertato la conformità rispetto agli standards (all'epoca) vigenti in quella zona»; essa, inoltre, poiché impone ai lotti un vincolo di inedificabilità che non può più essere modificato dal proprietario e che è anche opponibile nei confronti dei terzi da lui aventi causa, in quanto risultante dalla trascrizione dell'atto di vincolo nei pubblici registri immobiliari, «giova a definire stabilmente ed a conferire chiarezza e trasparenza alla condizione urbanistica del lotto, con indubbio vantaggio per la semplificazione e la speditezza delle procedure amministrative e per la certezza delle situazioni giuridiche e/o la tutela dell'affidamento» (T.A.R. PUGLIA, 30.5.1990, cit.).

Pur essendone da condividere appieno le ragioni, qualche perplessità suscita, tuttavia, la soluzione data al problema dalla l.r. Puglia n. 56/1980. E ciò perché nel nostro sistema giuridico, come si è detto, gli atti che devono essere resi pubblici con il sistema della trascrizione sono tassativi. Né vale obiettare che l'art. 2643 cod. civ. contiene una enumerazione tassativa

non già con riguardo ai contratti o provvedimenti elencati, ma agli effetti giuridici che ne scaturiscono, in quanto comunque con l'atto di asservimento non si produce alcuno degli effetti ivi considerati.

In altri termini, il vincolo è creato direttamente dalla edificazione consentita dalla concessione edilizia, derogatoria degli standards volumetrici, a prescindere da qualsiasi forma di pubblicità.

Una parte della giurisprudenza, invece, sebbene con specifico riferimento alla cessione di cubatura, ritiene che l'asservimento del fondo sia una limitazione legale alla proprietà, che discenda immediatamente dal provvedimento amministrativo di concessione edilizia, indipendentemente dalla eventuale e successiva attività di edificazione.

Secondo questa ricostruzione, in caso di alienazione di immobili che risultano colpiti da particolari limiti di edificabilità derivanti da un provvedimento che non ha carattere normativo, come quello concessorio, «i rapporti fra il proprietario dell'area asservita e l'eventuale terzo acquirente saranno regolati secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia di limitazioni legali, nella interpretazione dell'art. 1489 codice civile» (CASS., 29.6.1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685), in quanto ricorrebbe una fattispecie di inadempimento del venditore per la mancanza di un normale attributo del bene.

È da notare che la giurisprudenza, che muove dall'assunto secondo il quale i piani regolatori sono norme obiettive di legge che si presumono conosciute e che comunque l'acquirente ha il dovere o l'onere di conoscere, ritiene che, in caso di alienazione di immobili che risultano gravati da particolari divieti di edificabilità imposti dal piano regolatore e che esulano dalle normali limitazioni della proprietà immobiliare, il contratto di compravendita sia annullabile per errore ai sensi dell'art. 1429, n. 2, cod. civ., non potendosi invocare la garanzia di cui all'art. 1489 cod. civ. dato che questi limiti sono sempre conoscibili.

In senso sostanzialmente conforme a quanto precedentemente affermato si è espresso il CONS. STATO, V sez., 25.11.1988, n. 744, in *Foro amm.*, 1988, I, 3, 3251; in *Riv. giur. urbanistica*, 1989, 220, secondo il quale l'asser-

vimento di un'area a una costruzione edilizia deriva di diritto dall'utilizzazione edificatoria dell'area. Tuttavia, secondo il Consiglio non può ignorarsi l'esigenza che «l'asservimento di un'area, pur potendo derivare automaticamente dal fatto oggettivo della sua utilizzazione ai fini edificatori, si attui mediante specifici negozi giuridici privati, idonei a soddisfare la necessità di certezza dei rapporti giuridici nell'ordine sia urbanistico che civile, anche prima ed a prescindere dall'edificazione».

Di conseguenza si è ritenuto che in caso di trasferimento in capo a soggetti diversi della proprietà delle aree anteriormente all'edificazione, «e quindi alla costituzione ope legis del vincolo», sia necessario che «la pretesa all'asservimento, per non essere elusa, sia tale da poter essere fatta valere erga omnes, abbia cioè carattere reale e non meramente obbligatorio».

Il carattere reale del vincolo, nella fattispecie esaminata dal Consiglio, è stato fatto discendere dalla circostanza che l'atto, con il quale il dante causa del resistente aveva assoggettato all'area edificanda un'altra area di sua proprietà, era stato richiamato nella successiva compravendita del fondo gravato. Infatti, da ciò si è dedotto che l'impugnata licenza in variante, ottenuta dall'acquirente, era assistita da un contratto costitutivo di servitù d'inedificabilità assoluta del fondo servente a favore del fondo edificabile.

3. VARIAZIONE DEI VINCOLI E NOZIONE DI LOTTO. La giurisprudenza si è occupata anche della problematica attinente all'incidenza delle variazioni dello strumento urbanistico sull'asservimento.

Un primo orientamento segue il criterio dell'indice «storico», sostenendo che il mutare dei limiti planovolumetrici non comporta un mutamento nella consistenza dell'asservimento già realizzato.

Di conseguenza è stato dichiarato illegittimo il diniego della concessione edilizia, nel caso si voglia costruire sulla parte libera dell'area precedentemente asservita, fondato sull'assunto che la «superficie pertinente al fabbricato esistente, da detrarsi da quella dell'intera area, per determinare la superficie disponibile per la nuova costruzione, vada determinata con l'applicazione di nuovi parametri edilizi, diversi da quelli

vigenti alla data dell'autorizzazione della prima costruzione», in quanto «il rapporto tra il volume di un edificio e la superficie di pertinenza va determinato in base alle norme urbanistiche vigenti alla data della licenza o concessione edilizia» (T.A.R. VENETO, 18.11.1982, in *Foro amm.*, 1983, I, 710). E ciò perché, qualora non si seguisse il criterio dell'indice «storico», si finirebbe, in sostanza, coll'attribuire «carattere retroattivo al piano», venendosi così a creare «artificiosi asservimenti di aree per edifici remoti» (T.A.R. LOMBARDIA, 7.4.1983, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 1471).

In realtà, però, la giurisprudenza che ricorre al criterio dell'indice «storico» ritiene di doverlo applicare esclusivamente nel caso di entrata in vigore di indici di edificabilità più restrittivi; qualora, infatti, i nuovi indici siano più favorevoli per il proprietario, afferma che è necessario, ai fini del rilascio di una nuova concessione, determinare nuovamente la consistenza dell'asservimento, mediante l'applicazione dei nuovi parametri edilizi (T.A.R. VENETO, 18.11.1982, cit.).

Da parte di un diverso orientamento giurisprudenziale (T.A.R. CAMPANIA, 10.11.1982, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 287) si sostiene, invece, che, qualora si voglia realizzare una costruzione su di un'area già precedentemente asservita ad un fabbricato, spetterà al Sindaco verificare se l'area, già utilizzata a fini edilizi, sia suscettibile di ulteriore edificazione, in quanto la costruzione già realizzata non esaurisce «la volumetria consentita dalla normativa vigente al momento del rilascio dell'ulteriore licenza a costruire».

Quest'ultimo criterio, detto dell'indice «attuale», secondo il quale ogni variazione dei parametri edilizi si ripercuote automaticamente sulla consistenza dell'asservimento, sembra preferibile. Esso, infatti, assicura maggiormente che i fabbricati, sia pregressi che nuovi, siano costruiti nel rispetto degli indici di edificabilità della zona.

Né, d'altra parte, comporta «artificiosi asservimenti di aree per edifici remoti» (T.A.R. LOMBARDIA, 7.4.1983, cit.), perché il maggior asservimento – in caso di indici più restrittivi – non può estendersi a lotti diversi da quelli considerati ai fini del rilascio della precedente concessione.

Secondo CONS. STATO, V sez., 23.2.1973, n. 178, cit., infatti, «le successive variazioni di vincoli e l'imposizione di nuovi vincoli importano la necessità di un riesame della situazione in atto, al fine di valutare se sia possibile o meno una ulteriore utilizzazione, entro i limiti vigenti al momento della nuova valutazione, di un determinato terreno edificabile, costituente il c.d. lotto, sul quale insista già un fabbricato».

In senso sostanzialmente conforme T.A.R. LAZIO, 1° 6.1985, in *Foro amm.*, 1985, II, 2316, secondo il quale «in presenza di un unico lotto, ossia di una porzione continua di suolo appartenente allo stesso proprietario, allorché vi insistano precedenti edifici, va tenuto conto, ai fini della determinazione dell'indice massimo di fabbricabilità, del principio per cui l'introduzione di nuovi vincoli o la modifica di quelli precedenti impongono la riconsiderazione della situazione in atto per stabilire se ed in quale misura sia ancora possibile l'ulteriore utilizzazione edificatoria del terreno in questione».

Il giudice amministrativo, dunque, nel silenzio della legge, per stabilire il significato dell'espressione «area edificabile», di cui all'art. 17 della l. n. 765/1967, ha fatto ricorso al concetto di «lotto», ritenendo così che il fenomeno dell'asservimento di un suolo a una costruzione si incentri sulla individuazione di un'area asservita.

Secondo un primo orientamento (T.A.R. LAZIO, 1° 6.1985, cit.; CONS. STATO, V sez., 29.6.1979, n. 442, in *Cons. Stato*, 1979, I, 1039), per definire la nozione di lotto bisogna ricorrere al dato catastale, in quanto l'unità di riferimento per determinare la volumetria realizzabile è il «mappale» su cui insisterà (o su cui già insiste) l'edificio; infatti, il dato catastale indica la porzione continua di suolo che, in definitiva, costituisce il c.d. lotto.

Da parte di opposta tendenza giurisprudenziale (T.A.R. PIEMONTE, 10.7.1974, in *Foro amm.*, 1974, I, 2, 861), si ritiene, invece, che «un lotto fabbricabile può essere costituito anche da più mappali catastali, sempreché questi siano contigui e nessun elemento naturale ed artificiale (fiume, strada ecc.) li separi».

Implicitamente conforme a tale impostazione, sembra essere anche CONS. STATO, V sez., 20.4.1971, n. 364, *ivi*, 1971, I, 2, 495, secondo il quale per lotto deve intendersi «quella unità

minima di area edificabile» necessaria «per realizzare il tipo edilizio consentito nella zona, a cui l'area appartiene, dagli strumenti urbanistici vigenti alla data del rilascio della licenza». Ad avviso del Consiglio, quindi, il termine «lotto» ha «un valore relativo ed è dunque strettamente collegato alle possibilità di edificazione di una determinata area in una determinata zona». Di conseguenza, se un'area è «scomponibile in tante parti per ognuna delle quali, tenuto conto di tutti gli strumenti urbanistici, sia possibile realizzare una costruzione funzionalmente autonoma con riferimento alla destinazione di zona, ognuna di quelle parti potrà correttamente essere definita come lotto».

È interessante, infine, segnalare CONS. STATO, V sez., 7.11.1969, n. 1112, *ivi*, 1969, I, 2, 1246, secondo il quale «in materia edilizia il lotto può identificarsi con l'isolato, dovendosi con il primo termine intendere l'area di edificazione considerata nella sua superficie e nei suoi confini».

4. PRESUPPOSTI DELL'ACCORPAMENTO URBANISTICO. Quando l'area sulla quale insisterà l'edificio non risulta dotata di sufficienti capacità edificatorie è necessario procedere al c.d. accorpamento urbanistico di più aree, cioè all'asservimento di più lotti.

Per la computabilità di tali aree è necessario che esse abbiano la medesima destinazione urbanistica (CONS. STATO, IV sez., 4.5.1979, n. 302, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1979, 523; PRET. PONTASSIEVE, 10.6.1982, in *Riv. giur. edil.*, 1974, I, 31; T.A.R. LOMBARDIA, 20.9.1983, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 3190; T.A.R. UMBRIA, 24.1.1990, *ivi*, 1990, I, 1121), in quanto «l'opposta soluzione comporterebbe un'evidente alterazione delle norme urbanistiche che mirano a realizzare determinate caratteristiche tipologiche della zona» (CONS. STATO, V sez., 11.4.1991, n. 530, in *Cons. Stato*, 1991, I, 687).

Inoltre, secondo la giurisprudenza prevalente (CONS. STATO, 28.6.1971, n. 632, cit.; CONS. STATO, V sez., 8.7.1977, n. 755, in *Cons. Stato*, 1977, I, 1197; in *Foro amm.*, 1977, I, 1, 1777; CONS. STATO, V sez., 8.9.1983, n. 366, cit.; CONS. STATO, V sez., 27.2.1986, n. 147, in *Foro amm.*, 1986, I, 125; CONS. STATO, V sez., 19.3.1991, n. 291, in *Cons. Stato*, 1991, I, 443; CONS. STATO, V sez., 30.3.1994, n. 193, *ivi*,

1994, I, 385) le aree da computare devono essere «contigue». Tuttavia, non vi è concordia di opinioni sul significato da attribuire a tale termine.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (T.A.R. VENETO, 28.11.1978, in *Trib. amm. reg.*, 1979, I, 136) l'accorpamento di più aree è possibile soltanto se i terreni destinati all'edificazione siano tra loro confinanti.

Di conseguenza (T.A.R. PIEMONTE, 10.7.1974, cit.) si è affermato che la contiguità va esclusa qualora le aree siano separate da elementi naturali o artificiali, quali corsi d'acqua, strade, ecc.

Implicitamente conforme a tale impostazione pare essere anche T.A.R. LAZIO, 4.10.1978, cit., secondo il quale in caso di aree contigue divise da un muro l'asservimento non è ammissibile, perché in tale ipotesi i diversi appezzamenti di terreno hanno «ciascuno una propria autonomia funzionale».

Sembra però preferibile la tesi sostenuta da altra parte della giurisprudenza (CONS. STATO, V sez., 1° 10.1986, n. 477, in *Cons. Stato*, 1986, I, 150; T.A.R. VENETO, 27.1.1977, cit.; CONS. STATO, V sez., 8.9.1983, n. 366, cit.), secondo cui il requisito della contiguità non si risolve nella continuità delle aree; è possibile, pertanto, l'accorpamento di due terreni separati da una strada, in quanto quest'ultima farebbe venir meno la continuità dei suoli e non la loro contiguità.

T.A.R. LOMBARDIA, 20.9.1983, cit., sostiene, addirittura, che il requisito della contiguità non è necessario e che, quindi, «è legittimo l'asservimento di aree dello stesso proprietario, anche se non contigue, purché situate nella stessa zona e tra loro non distanti».

Sempre in relazione al requisito della contiguità è interessante segnalare la distinzione operata da CONS. STATO, IV sez., 5.1.1984, n. 19, in *Cons. Stato*, 1984, I, 36, secondo il quale può legittimamente prescindersi da tale condizione «nel caso di costruzioni in zone agricole, caratterizzate dall'esistenza di attività agricole svolte da un medesimo soggetto su più appezzamenti di terreno di ridotte dimensioni tra loro distinti».

La giurisprudenza prevalente (T.A.R. VENETO, 28.11.1978, cit.; CONS. STATO, V sez., 20.2.1987, n. 608, in *Riv. giur. urbanistica*, 1987, 440) ritiene, invece, che possono prendersi in considerazione, ai fini del calcolo del

rapporto volume-superficie, solo terreni contigui a quello dell'erigenda costruzione, «anche quando si tratti di fabbricati adibiti al servizio di un'azienda agricola».

Al riguardo occorre rilevare che alcune leggi regionali prescindono espressamente dal requisito della contiguità per l'edificazione nelle zone agricole.

In particolare, il legislatore veneto con la l. n. 24/1985 ha individuato il fondo rustico (art. 1) in un «insieme di terreni anche non contigui» costituenti una stessa azienda, purché situati a non più di una certa distanza tra loro.

Alcune perplessità suscita la suddetta legge nella parte in cui assoggetta il rilascio della concessione edilizia per i rustici ad un vincolo di «destinazione d'uso» che deve essere trascritto nei pubblici registri immobiliari. Nell'elencazione di cui all'art. 2643 cod. civ., infatti, non vi è alcun riferimento ad un simile atto.

In definitiva, alla luce della giurisprudenza esaminata, sembra preferibile ritenere che il requisito della contiguità vada inteso in senso relativo, nel senso cioè che i due fondi non devono essere confinanti, ma abbastanza vicini in modo da permettere l'ampliamento delle capacità edificatorie dell'uno mediante l'imposizione del vincolo di inedificabilità a carico dell'altro.

5. CESSIONE DI CUBATURA. Nella prassi, l'accorpamento urbanistico di più aree appartenenti a diversi proprietari viene denominato indifferentemente sia «cessione di cubatura» che «trasferimento di volumetria».

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (Cass., 29.6.1981, n. 4245, cit.) la cessione di cubatura si realizza mediante un atto unilaterale di asservimento «endoprocedimentale», in quanto l'efficacia del trasferimento è da ricollegare al provvedimento amministrativo di concessione edilizia e non all'accordo tra i proprietari dei fondi contigui. Ne consegue che la cessione di cubatura, secondo questa ricostruzione, è un presupposto di una fattispecie complessa in cui il momento costitutivo è rappresentato dal provvedimento del Comune.

In particolare, secondo la Supr. Corte, «quella che interessa al Comune è la disponibilità, da parte di chi vuole costruire, della volumetria

realizzabile sul fondo contiguo». A tal fine «non è necessario (...) un negozio privato con effetti obbligatori o reali, essendo sufficiente l'adesione del "cedente" al progetto», che si può esprimere in varie forme, e cioè: «con preventivo impegno alla rinuncia seguito dall'effettiva rinuncia; o con una dichiarazione alla Pubblica Amministrazione senza un precedente impegno (p. es., attraverso un'istanza congiunta o con la controfirma per ottenere la licenza); infine, con un atto successivo di ratifica».

Ad avviso della Corte, inoltre, «il vincolo interno, se e quando sussista, oltre ad esser sempre risolubile per volontà delle parti agli effetti giuridici interni, non abilita neppure il costruttore a ottenere la riduzione in pristino», la quale «può esser disposta soltanto dal Comune».

Secondo tale impostazione, l'adesione del proprietario del fondo contiguo al progetto deve essere inquadrata «nella categoria degli "atti di diritto pubblico dei privati", connessi all'esplicazione di una potestà pubblica». Conseguentemente si è affermato che sussistono i presupposti necessari al sorgere della «limitazione legale» quando, «sulla base della richiesta congiunta della licenza edilizia, la costruzione sia stata autorizzata ed eseguita alle condizioni prescritte».

La soluzione prospettata non pare, tuttavia, pienamente convincente. In primo luogo, perché gli atti conformativi che la Pubblica Amministrazione può adottare non possono mai riguardare un singolo bene, ma una categoria di beni omogenei, trattandosi di un sacrificio imposto alla generalità dei proprietari (Cass., 11.11.1978, n. 5175, in *Mass. Foro it.*, 1978; Cass., 13.5.1986, n. 3169, in *Foro it.*, 1986, I, 3022). In secondo luogo, in quanto gli atti conformativi devono essere previsti dalla legge (c.d. principio di legalità).

Come ha chiarito la dottrina, poiché la p.a., una volta esaurito il procedimento pianificatorio, non ha alcuna potestà variandi nella ripartizione delle volumetrie edificabili, mancando una disposizione di legge che le attribuisca una simile facoltà, ne 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.

Sostanzialmente conforme al predetto orientamento giurisprudenziale è T.A.R. UMBRIA, 24.1.1990, cit., secondo il quale, al fine di realizzare il c.d. asservimento, non occorre un negozio traslativo di diritti reali, «poiché questi sono caratterizzati dal principio della tipicità» e tra essi «non vi rientra il trasferimento della "cubatura"»; né occorre «la trascrizione nei registri immobiliari onde rendere opponibile ai terzi l'atto di asservimento, giacché la funzione di pubblicità (id est: di conoscenza dei vincoli) e la conseguente tutela dei terzi, i quali si rendono acquirenti dell'area che ha subito l'asservimento, si può ben realizzare attraverso l'annotazione del vincolo stesso negli atti urbanistici del Comune, ove il soggetto può in ogni momento prendere conoscenza della destinazione urbanistica dell'area cui è interessato».

Essenziale è soltanto, ad avviso del Collegio, che «l'Amministrazione comunale assuma una esplicita determinazione sulla richiesta di asservimento, sì da far sorgere il vincolo ed impedire una successiva utilizzazione edificatoria dell'area asservita».

Dunque, al fine di conseguire il trasferimento della volumetria, si è ritenuto necessario un atto unilaterale, il c.d. «atto d'obbligo», con il quale il proprietario di un terreno dichiara alla Pubblica Amministrazione la volontà di asservirlo (CONS. STATO, V sez., 23.2.1973, n. 178, cit.; CONS. STATO, V sez., 25.11.1988, n. 744, cit.).

Tale atto è reputato indispensabile perché sulla concessione edilizia non debbono poter influire le vicende di un atto negoziale privato, che può sempre essere risolto, rescisso o annullato, anche contro la volontà di una parte (TRIB. VALLO DELLA LUCANIA, 16.11.1982, n. 354, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 261). Occorre, pertanto, «un atto che, per sua natura, non sia soggetto a tutte queste possibili vicende». Tale è, appunto, «l'atto unilaterale di asservimento» che, ad avviso del Collegio, la p.a. «richiede (...) sia dichiarato, dall'autore, irrevocabile».

Anche questa soluzione non può essere condivisa. La prospettiva dell'«atto d'obbligo» a struttura unilaterale risulta, infatti, insufficiente, perché comporterebbe, per la p.a., la redistribuzione della volumetria «rinunciata» tra

tutti i proprietari finitimi. Pertanto, si è delineato un diverso orientamento giurisprudenziale, secondo il quale è indispensabile, per realizzare il trasferimento della volumetria da un fondo ad un altro, l'esistenza di uno strumento negoziale di natura privatistica.

In particolare, la giurisprudenza in alcune decisioni (CASS., 6.7.1972, n. 2235, in *Mass. Giust. civ.*, 1972; CASS., 9.3.1973, n. 641, in *Foro it.*, 1973, I, 2117; CASS., 30.4.1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424; CASS., 22.1.1975, n. 250, in *Vita not.*, 1975, 533; CASS., 8.10.1976, n. 3334, in *Riv. notar.*, 1977, 1006), volte essenzialmente a stabilire il regime fiscale della cessione di cubatura, prevista dall'art. 6 delle norme di attuazione del piano regolatore della città di Torino, ha affermato che l'atto produce effetti analoghi a quelli propri dei trasferimenti di diritti reali immobiliari, per le seguenti ragioni:

1) per effetto del trasferimento di volumetria il proprietario dell'area «cedente» perde il diritto di costruire sulla medesima, e tale diritto acquista, invece, il proprietario del fondo a cui la cubatura viene ceduta;

2) il trasferimento ha efficacia *erga omnes*, e la cubatura acquistata appartiene permanentemente all'area edificabile del cessionario;

3) sebbene i diritti reali soggiacciano al principio del *numerus clausus*, la classificazione stabilita dall'art. 813 cod. civ. può essere derogata da norme speciali;

4) è irrilevante, per l'applicabilità dell'imposta di registro la difficoltà di inquadrare la volumetria nell'ambito dei diritti reali previsti dal nostro ordinamento, in quanto l'art. 8 della legge di registro rende applicabile il tributo secondo il criterio dell'analogia, anche fuori dalla puntuale assegnazione dell'atto fra quelli nominativamente indicati nella tariffa.

Attraverso tale atto «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 all'acquirente a beneficio del fondo di cui è costituito» (CASS., 6.7.1972, n. 2235, cit.; CASS., 30.4.1974, n. 1231, cit.).

Nonostante l'abbondanza delle argomentazioni addotte, tale impostazione non sembra,

tuttavia, interamente condivisibile.

Invero, una ricostruzione del genere 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 le «norme di attuazione» dei piani regolatori generali, che hanno natura regolamentare.

Ragionando diversamente, inoltre, si giungerebbe all'assurda conclusione che della nuova figura di diritto reale, creata dalla norma di attuazione di un piano regolatore generale, potrebbero giovare solo alcuni soggetti, e cioè i proprietari di suoli ubicati nel territorio del Comune ove è prevista, appunto, la cessione di cubatura.

Infine, la facoltà di costruire, che fa parte del più ampio contenuto del diritto di proprietà, può essere trasferita autonomamente dal diritto cui inerisce solo mediante un apposito contratto di costituzione del diritto di superficie (art. 952 cod. civ.), che richiede la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, n. 2, cod. civ.).

La Cassazione da ultimo (sent. 14.12.1988, n. 6807, in questa *Rivista*, 1989, I, 368 e in *Riv. giur. urbanistica*, 1989, 215), in relazione ad una fattispecie in cui due società avevano convenuto che una di esse rinunciava, a favore dell'altra, al diritto di utilizzare la propria cubatura edificabile contro la cessione da parte di quest'ultima di un costruendo magazzino, ha affermato che, poiché «il diritto di costruire sul proprio fondo, entro i limiti stabiliti dalle norme e dagli strumenti urbanistici (...) si traduce indubbiamente, per il proprietario, in una "qualità" del fondo, che infatti registra sul mercato immobiliare una plusvalenza in ragione delle concrete possibilità di sfruttamento edilizio consentito», «la cubatura costruttiva realizzabile costituisce (...) una "utilitas" dello stesso ed, in definitiva, un bene in senso economico-giuridico».

In particolare, secondo la Supr. Corte, il diritto allo sfruttamento edilizio del proprio fondo «è da ritenere disponibile, nel senso che il proprietario del suolo, come può non esercitare o invece esercitare la facoltà di costruire su di esso», così può trasferirlo ad altri, cedendo la proprietà del fondo o costituendo su di esso un diritto di superficie. Quando «il proprietario

rinunzia a sfruttare per sé tale volumetria», senza tuttavia cedere anche il suolo, «non vi è dubbio che la "utilitas" in questione, dopo il rilascio della licenza edilizia e la realizzazione dell'opera, risulterà trasferita dall'uno all'altro proprietario».

Secondo la Cassazione «ciò basta per evidenziare la realtà del diritto trasferito ed anche il carattere negoziale dell'atto che le parti hanno posto in essere al fine di permettere il detto effetto».

È da sottolineare che questa impostazione si differenzia dalla precedente, dato che qualifica la cessione di cubatura come fattispecie complessa, «nella quale la rinunzia preventiva alla cubatura o l'assenso a che questa sia utilizzata dal cessionario, fungono solo da presupposto perché l'autorità preposta al rilascio della licenza edilizia possa autorizzare il cessionario a costruire con la più ampia volumetria».

Tale punto di vista non può, tuttavia, essere pienamente condiviso perché, come si è detto, la proprietà è un diritto unitario, che non può ridursi ad una serie di facoltà alienabili separatamente. Inoltre, qualora si ritenesse ammissibile il trasferimento di un «diritto» (che, giova ricordarlo, in questo caso è, in senso proprio, una mera facoltà) da una *res* ad un'altra, risulterebbe difettare un carattere essenziale del diritto reale (tipico ed anche, per coloro che lo ammettono, atipico): l'inerenza del diritto reale alla cosa, intesa come particolare e rafforzata tutela che l'ordinamento offre a certe situazioni giuridiche «stabilmente» ancorate ad una *res*.

Osserva, poi, la Supr. Corte come l'inquadramento giuridico di tale fattispecie nello schema della *servitus inaedificandi* a carico del fondo del cedente sia inadeguato, «perché la rinunzia allo sfruttamento edilizio del proprio fondo anche se fatta a favore di fondo limitrofo presenta per questo una utilità solo se l'autorità amministrativa autorizzi il corrispondente incremento delle possibilità di sfruttamento edilizio di tale fondo, così rilevando che prima di tale momento vi è solo un vincolo obbligatorio tra i proprietari che hanno pattuito la cessione della cubatura e non un asservimento attuale di un fondo a favore di un altro».

È da condividere l'affermazione della Cassazione secondo cui il trasferimento di volume-

tria è il risultato di una fattispecie complessa. Quest'ultima, tuttavia, non pare costituita dal negozio di natura privatistica, intercorso tra i proprietari dei fondi contigui, con il quale si trasferisce un diritto reale atipico e dal provvedimento concessorio in funzione costitutiva, bensì da due atti tra loro collegati, di cui il primo ha ad oggetto un diritto reale tipico ed il secondo una differente funzione.

Il diritto trasferito con il negozio con il quale si grava un fondo di inedificabilità, assoluta o relativa, a favore di un altro fondo, deve essere ricondotto, in effetti, qualora si riconosca l'esistenza del c.d. principio di tipicità dei diritti reali, ad uno dei tipi previsti dal codice civile.

Inoltre, l'autorità amministrativa, con il provvedimento amministrativo di concessione edilizia, svolge una funzione esclusivamente di controllo perché, come ha chiarito la dottrina, il Comune si deve limitare a verificare la conformità del trasferimento di volumetria alle prescrizioni degli strumenti urbanistici vigenti.

Il collegamento si rinviene nel fatto che il primo atto, con il quale si costituisce una vera e propria *servitus inaedificandi* o *altius non tollendi*, risulta sottoposto alla condizione sospensiva che al proprietario del fondo dominante sia rilasciata, dall'Autorità comunale competente, entro un determinato termine, una concessione edilizia che gli consenta di edificare per una volumetria maggiore di quella che gli spetterebbe. Il primo atto è, quindi, condizionato al rilascio del secondo.

Secondo un primo orientamento dottrinale, questa condizione sarebbe una *condicio iuris*, in quanto prevista dal piano regolatore.

Un diverso punto di vista viene espresso da altra parte della dottrina, che qualifica il rilascio del provvedimento amministrativo di concessione edilizia come condizione non sviluppata, e che pertanto ricorre allo schema della presupposizione.

Sembra, tuttavia, preferibile qualificare la predetta concessione edilizia come *condicio facti*, sia perché la cessione di cubatura è una fattispecie che si può realizzare, come ha affermato la giurisprudenza precedentemente richiamata, anche in mancanza di una espressa previsione contenuta negli strumenti urbanistici, e sia perché il ricorso all'istituto della presupposizione creerebbe gravi inconvenienti

nella circolazione dei fondi, non potendo certamente assicurare quella certezza delle situazioni giuridiche che è indispensabile requisito per una rapida contrattazione.

In una simile prospettiva, il motivo per il quale i proprietari delle due aree decidono di costituire la servitù deve essere sviluppato in una condizione, non acquistando, altrimenti, rilevanza giuridica.

È ricorsa allo schema della servitù Cass., 25.10.1973, n. 2743, in *Foro it.*, 1974, I, 92 (e in *Riv. notar.*, 1975, II, 547), la quale ha affermato 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 al proprietario dell'area gravata e mirano ad assicurare, correlativamente, particolari utilità a vantaggio dell'area contigua*». Secondo la Supr. Corte, «*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 delle servitù*».

Sostanzialmente conforme è Cass., sez. un., 20.12.1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 209, la quale, in una fattispecie in cui il fondo servente non consentiva alcuna possibilità edificatoria a causa di un vincolo di destinazione che gravava sullo stesso, ha affermato che anche «*allorché un fondo sia gravato di una servitù che lo privi di possibilità edificatorie, i volumi edificatori correlati al fondo stesso restano nella disponibilità del proprietario del fondo, per cui è ben ipotizzabile la nascita di un'altra servitù a carico di tale fondo, il cui contenuto sia costituito dal peso determinato dal divieto (totale o parziale) di utilizzazione dei volumi edificatori inerenti al fondo servente e dalla corrispondente utilitas consistente nel maggior volume edificatorio del fondo dominante*».

In conclusione, allora, sembra preferibile, sia pure con le precisazioni dinanzi accennate circa la relativa dinamica costitutiva, ricondurre la cessione di cubatura alla categoria dei diritti reali ed in particolare alle servitù. In tal modo, infatti, il fondo di proprietà del c.d. «cedente» resta definitivamente compreso

nella sua potenzialità edificatoria, mentre il fondo del c.d. «cessionario» se ne avvantaggia in misura corrispondente alla diminuzione del primo. L'atto di cessione, inoltre, risulta, così, sicuramente trascrivibile (ex art. 2643 cod. civ., n. 4) e, quindi, opponibile ai terzi.

Nota bibliografica

1. **PREMESSA.** Circa il problema, sorto all'indomani dell'entrata in vigore della l. 28.1.1977, n. 10, della inerenza o meno dello *ius aedificandi* al contenuto del diritto di proprietà, vi è chi ha tratto argomento dal carattere concessorio del permesso ad edificare per sostenere che non sia più possibile negare l'avvenuto scorporo tra *ius aedificandi* e proprietà privata (in tal senso: PREDIERI, *La l. 28 gennaio 1977, n. 10 sull'edificabilità dei suoli*, Giuffrè, 1977, 55 ss.; SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, II, 73 ss.; TRABUCCHI, *La facoltà di edificare tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 42 ss.).

Di contrario avviso è, invece, una parte della dottrina, secondo la quale la concessione edilizia, di cui alla l. n. 10/1977, costituisce una innovazione soltanto nominalistica (così: BENVENUTI, *Dal consenso al consenso*, in Atti del convegno di Trieste, *Profili giuridici e prospettive della nuova normativa sulla edificabilità dei suoli*, Giuffrè, 1978, 9 ss.; ALESSI, *Primi rilievi sulla l. 28 gennaio 1977, n. 10 sull'edificabilità dei suoli*, in *Cons. Stato*, 1976, II, 1387).

In seguito all'intervento della Corte costituzionale (sentenza del 30 gennaio 1980, n. 5, con la quale la Corte ha affermato che il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà), tale contrasto interpretativo deve ritenersi superato.

Ampio spazio è dato al tema degli *standards* edilizi in vari articoli, come quelli di ANNUNZIATA, *Se le limitazioni stabilite dall'art. 17 (densità edilizia, altezza degli edifici, ecc.), 18 (spazi per parcheggi) e 19 (distanze del ciglio stradale) della legge-ponte urbanistica si osservino anche nelle sopraelevazioni*, in *Giust. civ.*, 1969, IV, 205; BESSONE, *Pianificazione territoriale e difesa del centro storico. Materiali per una discussione*, in *Foro it.*, 1974, II, 133 ss.; BONACCORSI, *Le limitazioni all'attività costrut-*

tiva poste dall'art. 17, l. 6 agosto 1967, n. 765, in *Riv. giur. edil.*, 1971, II, 94 ss.; D'ANGELO, *Sull'interpretazione ministeriale dell'art. 17 della legge ponte*, *ivi*, 1969, III, 96 ss.; FURITANO, *Standards generali urbanistico-edilizi e annullamento di licenze edilizie per loro violazione*, in *Cons. Stato*, 1972, II, 535; MANERA, *Sulla applicabilità nelle zone urbanizzate degli standards urbanistici e sulla natura dei pareri della Commissione edilizia*, in *Giur. merito*, 1978, 993 ss.; PAGANO, *Una norma di difficile applicazione: il 6° comma dell'art. 41 quinquies l. urb.*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, 251; TORTORELLA, *Rilievi minori in margine alla legge-ponte urbanistica: licenza edilizia e standards*, *ivi*, 1969, II, 188.

2. ASSERVIMENTO DI AREA. In dottrina non sempre si opera una distinzione tra le varie fattispecie di asservimento, così come operata dalla giurisprudenza amministrativa.

Una chiara differenziazione tra le tre fattispecie di asservimento (e cioè tra l'asservimento in senso stretto, l'accorpamento urbanistico di più aree appartenenti allo stesso proprietario e il trasferimento di volumetria) si rinviene in TRAVI, *Asservimenti di aree a edifici e trasferimenti di volumetria nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1989, 225 ss. [cfr. anche: PITTER, *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 426 ss.; SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, *Esi*, 1989, 25 ss.; CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, *Giuffrè*, 1990, 16, nt. 22].

3. VARIAZIONE DEI VINCOLI E NOZIONE DI LOTTO. Come si è già accennato in precedenza, la giurisprudenza amministrativa si è basata sul concetto di lotto al fine di considerare legittimo un trasferimento di volumetria solo nel caso in cui avvenga al suo interno.

La dottrina ha per lo più preso atto del suddetto requisito, limitandosi a richiamare le varie decisioni giurisprudenziali che ne hanno chiarito il significato.

4. PRESUPPOSTI DELL'ACCORPAMENTO URBANISTICO DI PIÙ AREE. Considerazioni analoghe a quelle svolte al paragrafo precedente valgono per i presupposti della omogeneità urbanistica

delle aree (rispettivamente cedente e beneficiaria) e della contiguità fisica delle stesse.

Al riguardo si è precisato, di recente, che i trasferimenti di volumetria devono essere limitati ai fondi ubicati nella medesima zona urbanistica solo se le norme di attuazione del piano regolatore non prescrivono altrimenti, poiché «nulla impedisce ad un piano di prevedere la possibilità di trasferimenti tra zone diverse, come avviene nell'esperienza americana a proposito dei *transfert development rights*» (GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, VIII, 2, *Giuffrè*, 1995, 312).

Il presupposto della contiguità delle aree, inoltre, non è sempre condiviso dalla dottrina (non ritiene, ad esempio, che esso debba necessariamente ricorrere SELVAROLO, *op. cit.*, 67 ss.).

5. CESSIONE DI CUBATURA. In dottrina sono state prospettate varie tesi sulla natura giuridica dell'atto di trasferimento di volumetria.

L'opinione tradizionale ricostruisce la figura in esame in termini di servitù, cioè come atto con cui il proprietario volontariamente grava un proprio fondo di un peso a vantaggio di un altro fondo appartenente a diverso proprietario (in tal senso: PICCO-MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di volumetria»*, in *Riv. notar.*, 1974, 640 ss.; COPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, *Giuffrè*, 1977, 382, nt. 281; TRAVI, *op. cit.*, 239 ss.; LIBERTINI, *I «trasferimenti di cubatura»*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, 1992, 686 ss.; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. notar.*, 1992, 1078 ss.; TENELLA SILLANI, *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria*, *Giuffrè*, 1994, 572 ss.). In particolare, «tale costituzione di servitù sarebbe sottoposta alla *condicio iuris* della autorizzazione da parte del Comune alla costruzione sul fondo dominante della cubatura così aumentata» (PICCO-MAROCCO, *op. cit.*, 634; *contra*: N. GRASSANO, *op. cit.*, 1078 ss., secondo il quale il provvedimento amministrativo di concessione edilizia rappresenterebbe una condizione non sviluppata, e pertanto ritiene che possa farsi ricorso allo schema della presupposizione, «onde giustificare la caducazione del vincolo privatistico ove la p.a. – nella piena sovranità delle proprie valutazioni – faccia diniego della concessione»).

Nel senso, invece, che la cessione di cubatura deve essere ricondotta alla categoria dei contratti ad effetti obbligatori: CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, Giuffrè, 1985, 58 ss.; DE LORENZI, nota a CASS., 14.12.1988, n. 6807, in *Corr. giur.*, 1989, 280; CANDIAN, *op. cit.*, 101 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1991, sub art. 2645, 655 ss.

Tale opinione rinvia nell'atto di trasferimento di volumetria un contratto atipico con il quale una parte «si obbliga a prestare il proprio consenso, affinché la cubatura (o una parte di essa) che gli compete in base al piano regolatore venga attribuita dalla p.a. al proprietario del fondo vicino» (CECCHERINI, *op. cit.*, 59; ma cfr. anche DE LORENZI, *op. cit.*, 280, che considera oggetto del contratto la prestazione del «cedente» di non chiedere la concessione edilizia; *contra*: CANDIAN, *op. cit.*, 106 ss., secondo la quale l'obbligazione del *tradens*, essendo rappresentata «da tutta quella serie di attività di cooperazione con l'*accipiens*, necessarie al raggiungimento del risultato programmato», si compone necessariamente di «prestazioni diverse aventi natura mista»; in termini pressoché identici, GAZZONI, *op. cit.*, 658 ss.).

Sostiene che l'atto in questione sia in realtà una rinuncia abdicativa del proprietario a richiedere la concessione TRIOLA, *La natura giuridica della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424, secondo cui il trasferimento di volumetria non è effetto del negozio, ma deriva da una fattispecie più complessa nella quale ha un'importanza fondamentale il consenso del Comune (così anche RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di COSTANTINO, Giuffrè, 1978, 152 ss.).

Originale punto di vista è quello di chi ricostruisce la cessione di cubatura in termini di accordo complesso trilaterale, del quale sono parti il Comune e i due privati (GAMBARO, *La proprietà edilizia*, nel *Trattato Rescigno*, Utet, 1982, VII, 527), «la cui finalità è quella di

disciplinare una micropianificazione ad iniziativa privata» (analogamente, PITTER, *op. cit.*, 434 ss., ritiene che il trasferimento di volumetria derivi da una «convenzione» dei due proprietari con il Comune «diretta ad approvare un piano di lottizzazione che comprenda i due fondi»).

Una posizione innovativa è assunta da chi, sul presupposto che il rapporto tra la p.a. concedente ed il privato concessionario abbia natura contrattuale, ritiene che la cessione di cubatura si realizzi mediante la «cessione» al proprietario del fondo contiguo «della posizione contrattuale del privato concessionario verso la pubblica amministrazione concedente» (TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, 299 ss.).

Recentemente si è ipotizzata (SELVAROLO, *op. cit.*, 64 ss.) la configurazione di un diritto di superficie atipico, diverso dalle fattispecie previste dall'art. 952 cod. civ., in cui «l'oggetto della cessione è la potenzialità edificatoria che viene trasferita ad un terzo, proprietario di un'area contigua o anche non contigua, ma ricadente in una zona urbanisticamente omogenea al suolo di cui si scorpora il volume edificabile» (in tal senso si era già espresso IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. merito*, 1977, 743 ss.).

In un'ottica identica a quella fatta propria dalla giurisprudenza prevalente della Cassazione si muove, infine, P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 386 ss., che individua nell'atto di cessione in questione un contratto mediante 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» e, «formando un diritto a sé stante, lo trasferisce definitivamente all'acquirente a beneficio del di lui fondo».