

## **Il Trasferimento di capacità edificatoria tra esigenze di governo del territorio ed evoluzione del diritto urbanistico**

Ringrazio gli organizzatori di questo convegno per avermi invitata a discutere in questa sede di un tema che suscita, ormai da quasi quarant'anni, il vivo interesse dei civilisti, degli urbanisti, dei notai e di tutti quei consulenti, avvocati, architetti e ingegneri, che gravitano attorno alla pubblica amministrazione, collaborando con essa nelle scelte di pianificazione territoriale.

L'interdisciplinarietà dell'argomento che ci accingiamo a trattare non agevola certo il compito che mi è stato assegnato e cioè di offrire, con l'intervento introduttivo, una visione d'insieme del fenomeno sufficientemente completa e non troppo astratta che sia tale da fornire tutti gli strumenti utili ad entrare più agevolmente nel vivo delle successive relazioni.

Credo sia utile fare subito una precisazione terminologica: diverse sono le locuzioni fungibili utilizzate in dottrina e giurisprudenza per indicare il fenomeno che ci accingiamo ad analizzare: cessione di cubatura, trasferimento di volumetria o, avuto riguardo soprattutto all'effetto che la cessione produce, asservimento.

Il panorama delle definizioni si arricchisce, poi, per effetto dei recenti interventi normativi. Si pensi alla modifica dell'art. 2643 c.c., con cui è stata formalizzata la locuzione *contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori*. Ma la cessione dei diritti edificatori è fenomeno – come meglio preciseremo nella parte conclusiva della relazione – giuridicamente diverso rispetto alla cessione di cubatura.

Entriamo subito nel vivo dell'analisi di un fenomeno che indubbiamente si colloca al crocevia tra diritto urbanistico e diritto privato.

Se in termini urbanistici la cubatura rappresenta la volumetria realizzabile su un'area determinata, quale risulta consentita dagli strumenti urbanistici vigenti, sotto il profilo privatistico il contratto di trasferimento di volumetria si realizza allorché il proprietario di un'area edificabile trasferisce al proprietario di un'area vicina, ricadente nella stessa zona, la cubatura realizzabile sul proprio fondo, consentendo al cessionario di poter edificare, in deroga al proprio indice territoriale, sfruttando anche la cubatura acquisita in aggiunta a quella inerente l'area di sua proprietà.

In molti piani regolatori e regolamenti edilizi vigenti questa operazione è espressamente prevista e disciplinata in termini di possibilità che la cubatura potenzialmente spettante ad una certa area edificabile sia utilizzata su un altro suolo dotato della medesima destinazione urbanistica, con il consenso del Comune e dei proprietari delle due aree.

Basti citare l'art. 6 delle NTA de P.R.G. del Comune di Torino, approvato con D.P.R. 6/10/1959 e punto di riferimento costante per la dottrina, che aveva stabilito che nelle

zone in cui fosse prevista una densità edilizia media complessiva, la cubatura spettante ad un'area potesse essere utilizzata da un'altra area a seguito di accordo delle parti e con il consenso del Comune.

Le norme tecniche di altri Piani regolatori, come quelle di La Spezia, Firenze e Lucca riproducono il medesimo schema:

- presupposto di ammissibilità della cessione è l'appartenenza dell'area cedente e di quella ricevente alla medesima zona urbanistica; il metodo è l'accordo fra privati con l'assenso del Comune, assenso da intendersi come condizione di efficacia dell'accordo.

Paradigmatico è poi, fra tutti, l'art. 121 del regolamento edilizio del Comune di Bologna che contiene una disciplina delle cessioni fra privati riprodotta, talora con alcune modifiche non significative, in molti degli strumenti di pianificazione vigenti.

La norma – e qui cito testualmente – così dispone: *E' ammesso il trasferimento della capacità edificatoria da un lotto ad un altro se ricorrono le seguenti condizioni: i lotti hanno la stessa destinazione di zona e il trasferimento risulta da un atto trascritto e registrato.* Precisano le citate condizioni e ne aggiungono altre le NTA del P.R.G. dello stesso Comune:

- *La destinazione di sottozona dei due lotti deve essere la medesima e non deve riguardare aree disciplinate da strumenti attuativi preventivi approvati*
- *L'indice di utilizzazione fondiaria e il rapporto di copertura del fondo ricevente non deve essere superiore ai limiti fissati dallo stesso pianificatore*
- *Gli standard dovuti devono essere garantiti o, comunque, monetizzati*

- *La capacità ricevuta deve essere utilizzata per gli usi consentiti nel lotto ricevente, comprese eventuali limitazioni degli stessi*
- *Il lotto cedente viene asservito al lotto ricevente mediante atto pubblico trascritto nei registri immobiliari di trasferimento della capacità edificatoria.*

Interessante soprattutto per la risposta data ai problemi della tutela dei terzi e del controllo della concentrazione edilizia è anche il regolamento edilizio di un piccolo Comune del Trentino Alto Adige, dove si afferma che il trasferimento di volumetria ha luogo esclusivamente tra fondi contigui, compresi nella medesima zona, con uguale destinazione e limitatamente ad una volumetria pari al 20% di quella autonomamente realizzabile sul fondo del cessionario e sempre che venga effettuata la trascrizione (*intavolazione* secondo il sistema di pubblicità immobiliare del Trentino Alto Adige) dell'asservimento a carico del fondo cedente.

La disciplina, anche analitica, del fenomeno, rappresenta la risposta dei pianificatori alla diffusione sempre più frequente di accordi, variamente denominati, attraverso i quali sostanzialmente i privati realizzano una micro pianificazione di dettaglio, all'interno della medesima zona urbanistica, trasferendo volumetria dietro corrispettivo di un prezzo.

Vediamo allora perché si diffonde la cessione di capacità edificatoria nella prassi delle relazioni fra proprietari fondiari.

Se esiste un interesse economicamente apprezzabile al trasferimento di volumetria lo si deve storicamente all'introduzione nell'urbanistica dei c.d. standards edilizi (L. Ponte, n. 765/1967 che ha introdotto l'art. 42 quinquies L. 1150/1942) e, più precisamente dello

standard plano volumetrico o indice di edificabilità che esprime il rapporto fra superficie disponibile e volumetria edificabile, ponendo un limite massimo di densità edilizia per zone omogenee.

Con il sistema degli standards il Legislatore ha inteso porre un argine alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nelle scelte urbanistiche, evitando la diffusione di indici di sfruttamento elevati, non compensati da adeguate dotazioni per il traffico, il verde, la vita associata.

Attraverso la fissazione di un dato standard planovolumetrico per una determinata zona, le aree in essa contenute hanno il medesimo indice di edificabilità (rapporto fra superficie a disposizione e cubatura realizzabile su tale superficie) ma con il frazionamento della proprietà fondiaria, la capacità edificatoria a disposizione delle singole aree può rivelarsi piuttosto esigua, con la conseguenza che vi può essere un forte incentivo economico a concentrare l'edificazione su alcune soltanto delle aree comprese nella medesima zona.

Ciò che rende, in questo sistema di pianificazione, ammissibile la cessione sotto il profilo urbanistico della deroga ai limiti plano volumetrici è il fatto che gli indici di densità edilizia sono previsti per zone e non per aree, con la conseguenza che nell'ipotesi in cui l'edificazione venga concentrata in una sola area non cambia il rapporto volume/superficie relativo all'intera zona di riferimento.

Rappresenta infatti un postulato fondamentale del diritto urbanistico quello dell'indifferenza della disciplina urbanistica rispetto al profilo soggettivo della titolarità delle

singole proprietà, giacché la pubblica amministrazione in sede di pianificazione è chiamata a perseguire l'interesse pubblico all'ordinato e sostenibile sviluppo del territorio.

E' evidente, comunque, che questo istituto coinvolge le problematiche tradizionali - sulle quali è certamente superfluo in questa sede che mi trattenga - dell'introduzione dei moduli consensuali nell'azione amministrativa.

Vale la pena comunque ricordare che la materia urbanistica rappresenta uno dei settori in cui la sperimentazione dei modelli convenzionali ha dato storicamente maggior prova, costituendo un efficace strumento di composizione di interessi pubblici e interessi privati.

La diffusione del fenomeno che abbiamo storicamente collocato all'indomani dell'introduzione legislativa dello standard plano-volumetrico, ha imposto, per le importanti ricadute pratiche di carattere edilizio, fiscale e di tutela dei terzi, un'ampia riflessione circa l'ammissibilità, i limiti e gli effetti del fenomeno del trasferimento di volumetria.

Lascio ai Colleghi la disamina critica dell'ampia giurisprudenza civile amministrativa che, a partire dai primi anni settanta, ha affrontato i temi suddetti, offrendo soluzioni attente - a mio avviso - pur nel pieno riconoscimento dell'autonomia privata, a preservare i superiori interessi pubblici sottesi alle scelte di pianificazione.

Mi limito in questa sede ad illustrare sinteticamente i percorsi seguiti dall'una e dall'altra, con l'unica finalità di guardare al fenomeno del trasferimento di volumetria dal punto di vista della pubblica amministrazione chiamata a governare il territorio.

Occorre premettere che da sempre, pur in assenza di una disciplina legislativa del fenomeno ed indipendentemente dalla espressa previsione e regolamentazione a livello di pianificazione territoriale, la **giurisprudenza amministrativa** ha sempre ritenuto ammissibili detti trasferimenti in presenza di due requisiti: **la contiguità dei fondi**, da intendersi non come adiacenza o confinanza ma come effettiva e significativa vicinanza tra le aree **e la loro omogeneità urbanistica**.

In altri termini il presupposto logico dell'asservimento di un fondo ad un altro deve essere rinvenuto nella indifferenza, ai fini del corretto sviluppo della densità edilizia, della materiale collocazione dei fabbricati, atteso che, per il rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, assume esclusiva rilevanza il fatto che il rapporto tra area edificabile e volumetria realizzabile nella zona di riferimento, resti nei limiti fissati dal piano, risultando del tutto neutra l'ubicazione degli edifici all'interno del comparto.

Da questa indifferenza il giudice amministrativo ed anche la Cassazione fin dalla prima metà degli anni settanta, con un orientamento assolutamente costante, hanno argomentato l'ammissibilità generale dell'istituto del trasferimento di volumetria sulla sola base dei principi generali, in presenza dei due requisiti della contiguità dei fondi e della loro omogeneità urbanistica.

Va da sé che le affermazioni di tendenziale ammissibilità dell'istituto non possono trovare spazio ove il piano regolatore, anziché prevedere un rapporto medio area/volume, preveda un determinato standard plano volumetrico in relazione ad un lotto minimo.

## **La natura giuridica della cessione di cubatura**

E' stata ampiamente discussa, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la natura giuridica della cessione di cubatura e dei termini di questo dibattito daremo brevemente conto. Tale dibattito si è, peraltro, riaperto per effetto della nota modifica dell'art. 2643 c.c. in tema di trascrizione.

A ben vedere, se si guarda all'essenza del fenomeno e, soprattutto, a come le amministrazioni locali lo hanno disciplinato, senza preoccupazioni di ordine fiscale o di tutela dei diritti dei terzi, allora la ricostruzione più convincente sembra essere quella che qualifica la cessione come un possibile segmento del procedimento amministrativo diretto al rilascio del titolo abilitativo edilizio.

In quest'ottica il negozio privatistico bilaterale acquista efficacia solo se confluisce in un provvedimento amministrativo (il permesso di costruire *maggiorato*) del quale costituisce un presupposto ovvero la condizione senza la quale non si produrrebbe l'effetto del rilascio della concessione maggiorata.

Suggestiva è, in un'ottica pubblicistica, la tesi della fattispecie a formazione progressiva, secondo la quale l'intervento della P.A. avrebbe natura costitutiva, essendo incontestabile che il vincolo reale, prefigurato nell'accordo fra privati, nasca soltanto per effetto dell'intervento della P.A. chiamata ad emanare il provvedimento amministrativo, tenendo conto dell'avvenuto asservimento di un'area edificabile ad un'altra.

Secondo questa ricostruzione si sarebbe in presenza di un accordo rispetto al quale il provvedimento si pone come condizione sospensiva a carattere potestativo, dipendendo il rilascio del titolo abilitativo edilizio dall'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione.



In questo contesto interessante è ricostruire la cessione di cubatura come accordo endoprocedimentale ex art. 11 L. 241/1990. Non si dubita certamente che le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo non trovino applicazione in materia di pianificazione urbanistica. Si tratta, però, di stabilire se il rilascio di un permesso di costruire concreti o no una scelta pianificatoria. Se attiene senz'altro alla pianificazione la fissazione degli standard urbanistici, non può certo costituire una scelta di pianificazione il rilascio di una concessione sul presupposto di una cubatura maggiorata, che lasci inalterato il rapporto volume/superficie della zona di riferimento.

Ove la cessione delinei, invece, un assetto urbanistico in contrasto con le previsioni di Piano, allora l'istituto dell'accordo endoprocedimentale, per le ragioni anzidette, non sarà applicabile.

Tanto premesso occorre considerare che, rispetto al modello tipico dell'accordo preparatorio del provvedimento, la cessione di cubatura presenta la particolarità che la proposta di accordo non proviene da un singolo soggetto privato, ma viene formulata attraverso un contratto privatistico già perfezionato.

Questo accordo diviene una sorta di impulso congiunto di entrambi i proprietari per definire il contenuto del titolo abilitativo edilizio a cubatura maggiorata.

Resta da considerare l'applicabilità dell'istituto del recesso all'accordo procedimentale così delineato, tenendo conto che la possibilità di recesso è qui circoscritta a quella fase temporale che va dalla conclusione dell'accordo alla emanazione del provvedimento finale.

Da un punto di vista pubblicistico la vicenda può realisticamente delinearsi in questi termini.

Permangono, tuttavia, questioni di carattere civilistico, poiché se l'accordo fra privati è un *unicum* dal punto di vista della pubblica amministrazione, resta purtuttavia un normale

contratto fra privati, rappresentando interessi contrapposti e che pone, come tale, delicate questioni di tutela dei terzi, queste ultime da risolversi alla stregua delle norme civilistiche in tema di trascrizione.

Su questo versante dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto, proponendo una serie di ricostruzioni che vanno da quella dell'accordo con effetti meramente obbligatori cui accede l'intervento della P.A. in funzione costitutiva, a quella della cessione di cubatura come *servitus altius non tollendi* (cessione parziale) o come *servitus non aedificandi* (cessione totale), a quella che propone di utilizzare l'istituto della rinuncia abdicativa o traslativa, fino a quella secondo cui la cessione avrebbe ad oggetto la costituzione di un diritto di superficie di natura atipica, avente ad oggetto, cioè, il diritto di costruire non sul fondo del cedente ma su quello del cessionario.

Tutte le tesi che configurano, a vario titolo, la cessione come contratto ad effetti reali e che muovono, a nostro avviso, soprattutto da preoccupazioni di natura fiscale e di tutela dei diritti dei terzi, scontano la difficoltà di coordinarsi con il principio di tipicità dei diritti reali e non prendono in adeguata considerazione il ruolo del Comune nella determinazione degli effetti voluti dalle parti.

In alcuni arresti – peraltro piuttosto risalenti – si afferma che con la cessione il cedente distaccherebbe in tutto o in parte la facoltà inerente al proprio diritto dominicale di costruire nei limiti concessigli, attraverso l'attribuzione dell'indice territoriale, dal Piano regolatore.

E' una ricostruzione non convincente perché finisce per riconoscere al titolare del diritto di proprietà il potere di scindere le singole facoltà al fine di renderle autonome e di trasferirle

quali nuovi e autonomi diritti reali, destinati ad una propria e altrettanto autonoma circolazione.

Ma non è solo il profilo della tipicità dei diritti reali ad ostacolare questo procedimento. Esso infatti presuppone, evidentemente, un punto di riferimento oggettivo che andrebbe identificato non già nell'area edificabile, ma nella cubatura, la quale non costituisce un bene a sé stante in senso tecnico-giuridico.

Quando si parla, in merito, di *utilitas*, si dimentica che con l'espressione "cubatura" ci si limita ad individuare in termini matematici le dimensioni che la futura costruzione dovrà rispettare. Ci si dimentica, inoltre che, attesa la natura pubblicistica del procedimento edificatorio, in tanto il cessionario acquisterà il diritto di costruire per una cubatura maggiore, in quanto possa valutare a proprio favore una concessione edilizia in questo senso. E poi *quid iuris* nell'ipotesi in cui *medio tempore* e cioè nel periodo compreso fra il raggiungimento dell'accordo e il rilascio del titolo edilizio maggiorato intervengano modifiche di Piano, tali da frustrare le ambizioni edificatorie del cessionario?

E la questione della natura giuridica della cessione di capacità edificatoria non sembra neppure essere stata risolta dal recente intervento normativo citato in apertura, nonostante i primi entusiastici commenti.

L'art. 5 della L. 106/2011, con la dichiarata finalità di "garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori", dispone che venga inserito, all'art. 2643 c.c. il n. 2) bis che prevede la trascrivibilità dei contratti aventi ad oggetto diritti edificatori, comunque denominati dalla legislazione statale, regionale o da strumenti di pianificazione territoriale.

A parte il fatto che il Legislatore sembrerebbe legittimare, con questa norma, tutti gli accordi privatistici di c.d. micropianificazione, non in deroga con gli strumenti urbanistici, ma più in generale la norma - e qui cito testualmente un recente commento pubblicato sul secondo numero del Corriere del merito 2012 - "sdogana, sotto il profilo civilistico, la fattibilità concreta della pianificazione urbanistica impostata sul principio della **perequazione**".

Con questo sistema, in sintesi - lasciando ai relatori che mi seguiranno l'approfondito esame del tema della perequazione - viene impresso a ogni metro quadrato di territorio comunale, senza distinzioni, un indice volumetrico standard, in modo che il proprietario del fondo che sia destinato a non essere edificato (perché, ad esempio, destinato ad accogliere servizi o verde pubblico) possa cedere la sua virtuale capacità edificatoria, non sfruttabile in virtù delle destinazioni di Piano, a quel proprietario cui invece gli strumenti urbanistici consentono di costruire. In concreto l'acquirente potrà usare la volumetria acquisita solo se gli strumenti di pianificazione lo consentono.

Viene ora da chiedersi - e con queste ultime battute vado a chiudere la mia relazione - se, indipendentemente dal diverso *nomen iuris*, la cessione di cubatura, così come l'abbiamo ricostruita, e la cessione di diritti edificatori siano due fenomeni giuridici diversi.

Esistono indubbiamente molteplici punti di contatto ma, tanto premesso, sarebbe miope negare l'esistenza di profonde differenze strutturali fra l'una e l'altra, accentuate, peraltro delle peculiarità dell'uso, ormai quasi generalizzato, degli istituti perequativi nella pianificazione territoriale.

Mentre nella cessione di volumetria, in qualunque modo ricostruita e indipendentemente dalla categoria giuridica che le si attribuisca, è sempre individuabile il fondo del cedente e quello del cessionario, i diritti edificatori attribuiti ad un soggetto a seguito di perequazione, compensazione o incentivazione, sono, invece, svincolati dalla titolarità del fondo al quale collegarli.

Esiste un fondo di provenienza, ma non, necessariamente, uno di *atterraggio* della capacità edificatoria.

Più concretamente, al momento dell'attribuzione della volumetria, il beneficiario dei diritti edificatori potrebbe, infatti, non essere proprietario di un altro fondo su cui sfruttare la volumetria attribuitagli e che egli non può, in virtù dei vincoli di Piano, sfruttare sull'area di sua proprietà, né magari avere concretamente individuato il cessionario.

Egli dovrà, pertanto, limitarsi a mantenere i diritti edificatori in vista di una futura utilizzazione diretta o della cessione a favore di terzi interessati.

Non è quindi inimmaginabile, in questo contesto, uno scenario nel quale, qualora le transazioni aventi ad oggetto la volumetria si facessero particolarmente frequenti, si crei un vero e proprio borsino della capacità edificatoria.

Rimane aperto, a nostro avviso, il problema della natura giuridica dei diritti edificatori.

Nuovo diritto reale, facoltà del diritto di proprietà, bene immateriale autonomo. Probabilmente è da escludere la tesi di nuovo diritto reale, stante il principio del relativo numero chiuso, come è da escludere che si sia resa autonoma una facoltà del diritto di

proprietà, perché, anche in questo caso, si sarebbe creato, per altra via, un nuovo diritto reale.

Non manca, peraltro, chi ritiene che si tratterebbe di un diritto a metà strada tra la proprietà e il diritto di superficie.

Si tratta però, a ben vedere, di una forzatura: di fatto si è solo inserita una nuova norma nell'ambito dell'art. 2643 c.c. sulla trascrizione, norma questa che contempla non solo i diritti reali, ma anche quelli personali di godimento.

La difficoltà maggiore nell'ammettere che la cubatura possa formare oggetto di diritti è legata, a ben vedere, alla impossibilità di immaginarsi che lo spazio aereo connesso alla proprietà del suolo possa essere oggetto di diritti separati dalla proprietà del suolo stesso.

Supera questa difficoltà, ma si espone ad altre critiche, la tesi secondo la quale il contratto avrebbe ad oggetto il trasferimento della proprietà della cubatura, essendo quest'ultima un bene giuridico autonomo, immateriale, di origine immobiliare, astrattamente dotato delle caratteristiche di cui all'art. 1346 c.c. e, quindi, determinato o determinabile.

In quest'ottica, potendosi trascrivere nei registri immobiliari i contratti che hanno ad oggetto i volumi edificatori, si riconosce che la cubatura sia un bene, creando così i presupposti logico-giuridici perché un giorno la volumetria possa essere concessa in ipoteca o a garanzia di un finanziamento, magari richiesto da un operatore del mercato immobiliare.

L'inserimento della norma nel testo dell'art. 2643 c.c. vale a chiarire che la trascrizione è disposta ai fini dell'opponibilità ai terzi e che, dunque, l'eventualità delle c.d. doppie

cessioni dei diritti edificatori vada risolta sulla base dei principi della trascrizione e non su quelli del diritto amministrativo, per effetto dei quali si riteneva, in giurisprudenza, che, ancorché fosse stata trascritta la cessione, in caso di doppia cessione di cubatura a prevalere non fosse il primo trascrivente, ma piuttosto il primo che fosse riuscito ad ottenere dal Comune il rilascio di una concessione edilizia maggiorata.