


TRENTINO

PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO

Servizio Libro fondiario

Via Gilli n. 4

38121 Trento

T +39 0461 491618

F +39 0461 491619

pec serv.librofondario@pec.provincia.tn.it

@ servizio.librofondario@provincia.tn.it

web www.librofondario.provincia.tn.it


CIRCOLARE N. 1/2018

Trento,

12 MAR 2018

Prot. n. S132/2018/1504/11.7 - 2018 - 11

Oggetto: Il rapporto tra il diritto di servitù di cessione di cubatura ed i diritti edificatori

A seguito della previsione normativa nell'art. 2643 comma 1 n. 2-bis c.c. dei diritti edificatori, è emerso l'interrogativo in ordine alla compatibilità di tale nuovo istituto con la cd. cessione di cubatura-volumetria ed in particolare con il diritto di servitù di cessione di cubatura.

Ci si è pertanto chiesti se la fattispecie neo introdotta dei diritti edificatori abbia eroso l'area di operatività della servitù di cessione di cubatura, intesa quale strumento giuridico a cui è stato fatto prevalentemente ricorso prima della modifica dell'art. 2643 c.c. per disporre in tutto o in parte di una propria volumetria edificabile.

Premessa: la cessione di cubatura prima della riforma

Prima della riforma del 2011 che ha espressamente previsto la trascrivibilità dei "contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati...", la cessione di cubatura veniva interpretata diversamente a seconda che si privilegiasse un orientamento cd. pubblicistico oppure privatistico.

Secondo l'orientamento pubblicistico, la cessione di cubatura corrispondeva ad un contratto atipico ad effetti obbligatori interamente focalizzato sul provvedimento amministrativo comunale: in questo senso, non era nemmeno ritenuto necessario un atto di asservimento/cessione, risultando sufficiente l'assenso del proprietario cedente al progetto costruttivo del cessionario (ad esempio mediante sottoscrizione dell'istanza presentata al competente ufficio tecnico).

Prevalente in dottrina è però sempre stata l'interpretazione cd. privatistica dell'istituto, in forza della quale la cessione di volumetria doveva essere disciplinata in un apposito strumento negoziale privatistico: un atto di asservimento o di costituzione di servitù, con conseguente trascrizione dello stesso.

In questi termini, la dottrina ha fornito della cessione di cubatura plurime interpretazioni: un vero e proprio diritto reale, in particolare un diritto reale di servitù di non edificare, oppure un diritto reale "atipico" o un diritto reale di godimento, oppure ancora un diritto a metà strada tra la proprietà ed il diritto di superficie.

Gli operatori del diritto hanno sicuramente fatto ampio utilizzo dell'istituto della servitù di volumetria, mediante asservimento del fondo servente a vantaggio di un fondo dominante: il peso imposto a carico del fondo servente corrispondeva nel non poter subire alcuno sfruttamento edificatorio oppure nel poter avere uno sfruttamento edificatorio non superiore a un certo numero di metri cubi; il vantaggio del fondo dominante era rappresentato dalla possibilità di sfruttare la volumetria non utilizzata sul fondo servente.

In questo senso, chiara era l'identificazione della cessione di cubatura quale vero e proprio diritto reale dotato di tutte le caratteristiche sue proprie (in particolare, l'inerenza), trattandosi per l'appunto di un diritto di servitù, pacificamente intavolabile ai sensi dell'art. 9 della Legge Tavolare.

La riforma del 2011, così formulata, ha indubbiamente abbracciato la tesi della natura privatistica dell'istituto, ma permangono rilevanti perplessità interpretative sulla natura giuridica dei diritti edificatori ed, in particolare, sul rapporto con il diritto di servitù di cessione di cubatura.

Natura giuridica dei diritti edificatori e rapporto con la servitù di cessione di cubatura

Come premesso, l'introduzione normativa dei diritti edificatori (privi peraltro di una definizione legislativa) impone l'esame del rapporto con l'istituto precedentemente utilizzato, ovvero la servitù di volumetria, al fine di capire se l'uno abbia sostituito l'altro oppure se le due fattispecie, nel contesto dell'autonomia contrattuale delle parti ex art. 1322 c.c., possano pacificamente convivere.

Preliminarmente è necessaria una breve analisi in ordine alla natura dei diritti edificatori, con lo scopo di valutarne la struttura giuridica, la funzione ed il contesto operativo.

Sul tema la dottrina si è ampiamente ed a lungo confrontata, pervenendo ad offrire soluzioni interpretative assai eterogenee tra loro.

Forse l'unico approdo comune, che può invece essere il punto di partenza della nostra analisi, è la constatazione della assoluta diversità tra la cessione di cubatura precedentemente intesa (quale oggetto di un diritto reale di servitù) e l'odierno diritto edificatorio.

Si tratta infatti di istituti con natura e funzioni decisamente differenti.

In primo luogo, unanimemente la dottrina evidenzia come i diritti edificatori operino in un contesto di pianificazione del territorio oggi principalmente indirizzato verso i principi urbanistici di perequazione, compensazione ed incentivazione.

Trattasi di uno spazio operativo prima non riconosciuto al diritto di servitù di cessione di cubatura, servitù che pare pertanto finalizzata ad un diverso (e più ristretto) scopo.

In questo senso, i diritti edificatori assumono una straordinaria importanza nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, sia quando vengano previsti i cd. diritti edificatori perequativi (che conseguono ad una diversa conformazione del territorio disposta dagli strumenti urbanistici, con attribuzione per l'appunto di specifiche quantità volumetriche edificabili) sia quando vengano previsti i cd. diritti edificatori corrispettivi (nelle ipotesi della compensazione e dell'incentivazione, appunto a titolo di corrispettivo urbanistico per determinate prestazioni rese dai cittadini).

Già in considerazione di tali profili, appare evidente l'ampiezza del contesto operativo dei diritti edificatori rispetto al diritto di servitù di volumetria.

Quanto invece alla struttura giuridica dei diritti edificatori, la dottrina si rivela completamente discorde nella ricostruzione della natura di questa nuova fattispecie.

Possono essere riassunte quattro differenti teorie:

- 1) diritti edificatori non quali "diritti" bensì quali beni immateriali, di natura immobiliare (Notaio Busani);
- 2) diritti edificatori quali diritti reali tipici (Notaio Restaino);
- 3) diritti edificatori quali diritti reali atipici (Notaio Rizzi);
- 4) diritti edificatori quali interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione.

La varietà delle interpretazioni proposte dimostra ancora una volta la differenza tra l'istituto dei diritti edificatori e quello della servitù di volumetria, la cui natura di diritto reale tipico non è mai stata messa in discussione.

Adottando indistintamente una delle quattro teorie sopra richiamate, è in ogni caso dirimente l'osservazione della mancanza, in capo ai diritti edificatori, di una caratteristica specifica e strutturale della "vecchia" cessione di cubatura, ovverosia l'inerenza.

La servitù di volumetria ha sempre avuto natura strettamente prediale, imponendo un peso sul fondo servente a vantaggio del fondo dominante.

Diversamente, i diritti edificatori possono perdere ogni collegamento con l'immobile di partenza, potendo circolare indipendentemente ed in maniera autonoma dal fondo a cui erano originariamente agganciati.

Si pensi alle cd. tre fasi del diritto edificatorio, "decollo", "volo" ed atterraggio": come correttamente illustra il Notaio Busani, se è vero che il diritto edificatorio necessariamente "decollo" da un fondo (il fondo "sorgente") e, infine, "atterra" su un altro fondo (il fondo "ricevente" o "accipiente"), dove viene concretamente sfruttato, è pure vero che detto diritto può stare a lungo "in volo", completamente staccato sia dal fondo "di decollo" che dal fondo "di atterraggio" e può pure essere oggetto di una (anche lunghissima) catena di successive cessioni, da un precedente

avente causa ad un nuovo avente causa, senza nessuna connessione con alcun fondo, prima di imprimersi definitivamente sul fondo ove esso venga materialmente sfruttato.

Anzi, i diritti edificatori (o crediti edilizi) possono addirittura essere riconosciuti al cittadino anche a prescindere dalla titolarità di un immobile: all'atto dell'attribuzione della volumetria il beneficiario potrebbe infatti anche non essere titolare di un altro fondo sul quale sfruttare tale diritto edificatorio ma ciò non rappresenta un ostacolo alla cessione a terzi del diritto stesso.

Trattasi quindi di una struttura giuridica del tutto diversa da quella che caratterizza un vero e proprio diritto reale quale quello di servitù di volumetria, perché non ha nessun carattere di immediatezza e di inerenza, che sono notoriamente i tratti identificativi di qualsiasi diritto reale.

Da ultimo, quanto alla circolazione del diritto edificatorio, è l'art. 2643 comma 1 n. 2-bis stesso a prevedere la possibilità del trasferimento del diritto stesso, vicenda non ipotizzabile per il diritto di servitù separatamente dal trasferimento del diritto di proprietà del fondo a cui è collegato.

In Provincia di Trento la legge provinciale per il governo del territorio n. 15/2015 prevede che possano essere attribuiti a soggetti privati diritti edificatori e crediti edilizi in applicazione delle tecniche urbanistiche della perequazione e della compensazione di cui agli articoli 26 e 27, nonché degli articoli 109, 110 e 111.

In tale panorama normativo e dottrinale si colloca la modifica dell'art. 9 del Nuovo testo della legge generale sui Libri Fondiari allegato al R.D. 28 marzo 1929 n. 499 ad opera della Legge 221/2015, in forza della quale i diritti edificatori di cui all'art. 2643 comma 1 n. 2 bis del codice civile sono ora annoverati tra i diritti suscettibili di intavolazione e prenotazione.

Con decreto del Presidente della Regione n. 21 di data 18 maggio 2016 è stato successivamente approvato il Regolamento concernente la trattazione tavolare dei diritti edificatori.

La scelta operata dal legislatore in regime tavolare è stata quella di consentire la pubblicità delle vicende relative al diritto edificatorio nelle tre fasi del decollo, del volo e dell'atterraggio, con esclusione delle sole ipotesi nelle quali i diritti edificatori sorgano senza alcun rapporto nella fase iniziale con un fondo d'origine.

Il diritto è pubblicizzabile nella fase del decollo, in quanto il diritto edificatorio è iscritto nel foglio C della partita tavolare del fondo d'origine a favore di una persona fisica o giuridica.

Laddove il titolare del diritto edificatorio lo colleghi ad un immobile, il diritto è iscritto a favore del Proprietario pro tempore di quell'immobile e non invece direttamente a favore dell'immobile.

Il diritto è suscettibile di essere trasferito, totalmente o in parte, sia finché "in volo" e quindi non ancora collegato ad un fondo di destinazione, sia previo distacco dal fondo a cui sia stato originariamente collegato, se non ancora utilizzato, senza che sia necessario il trasferimento del fondo stesso.

Nell'iscrizione del diritto edificatorio deve essere indicata l'entità del diritto trasferito e in caso di cessione deve essere prodotta idonea documentazione attestante la capacità edificatoria. In tal senso l'art. 26 comma 6 della L.P. 4 agosto 2015 n. 15 prevede che l'entità dei diritti edificatori sia indicata nel certificato di destinazione urbanistica.

La suddetta normativa consente quindi che il diritto edificatorio sia attribuito ad una determinata persona, che a sua volta può trasferirlo a terzi, e in ciò si differenzia dalla servitù prediale, che invece non è suscettibile di trasferimento separatamente dal fondo dominante.

Conclusioni

Tutto ciò premesso, appare evidente l'assoluta diversità di natura, struttura giuridica e contesto operativo dei diritti edificatori rispetto alla servitù di cessione di cubatura.

I diritti edificatori nascono per rispondere ad esigenze di più ampio respiro rispetto a quelle perseguite dagli atti costitutivi di servitù di volumetria ed infatti, ad esempio, possono trovare la loro disciplina pattizia anche in convenzioni urbanistiche tra pubblica amministrazione e privato.

Proprio la connaturata diversità tra questi istituti conduce allora ad affermare la compatibilità tra gli stessi e l'operatività della servitù di cessione di cubatura, non scalfita dall'introduzione dei diritti edificatori.

In questo senso, anche gli esponenti della dottrina che valorizzano l'istituto dei diritti edificatori, pur rimarcandone la sostanziale eterogeneità rispetto agli strumenti giuridici prima utilizzati, non giungono mai ad affermare che la riforma del 2011 precluda ora il ricorso alla fattispecie della servitù di volumetria (vedasi Petrelli).

Alla luce di quanto esaminato, pare pertanto corretto ancora affermare che risulta legittimo, nel contesto dell'autonomia contrattuale delle parti ai sensi dell'art. 1322 c.c., costituire diritti di servitù di volumetria come fino ad oggi pacificamente ammessi, riconosciuti e quindi intavolabili ex art. 9 della Legge Tavolare.

La presente circolare riveste carattere indicativo, ferma rimanendo l'autonoma decisione applicativa in capo ai Giudici Tavolari.



IL DIRIGENTE
- dott.ssa Iole Manica -

