

Pubblicato il 30/05/2022

N. 00104/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00015/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15 del 2022, proposto da Paolo Gobbi, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Lorenzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via dei Paradisi n. 15/5, presso lo studio del predetto avvocato;

contro

Comune di Arco, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Zampiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Salvador Valandro, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento a firma del Comune di Arco prot. n. 0032286/2021 in data 3 novembre 2021 con il quale è stata rigettata la domanda di permesso di costruire presentata dal ricorrente per la costruzione di un complesso residenziale sulle particelle fondiarie 267/1 e 267/9 C.C. Arco, ubicate in via Damiano Chiesa, nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e derivati ivi compresi il preavviso di rigetto di cui alla nota prot. n. 29633/2021 in data 11 ottobre 2021 e i pareri espressi dalla Commissione Edilizia Comunale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Arco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2022 il dott. Carlo Polidori e uditi, per le parti, gli avvocati Andrea Lorenzi e Barbara Zampiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. I fatti di causa possono essere sintetizzati come segue.

I signori Paolo Gobbi, Giulietta Faccio, Marialuisa Gobbi, Giovanna Gobbi e Mafalda Gobbi con atto in data 1° aprile 2005 hanno diviso il fondo di proprietà, contraddistinto dalla particella fondiaria 267/1 C.C. Arco e inserito in area residenziale di completamento B4, disciplinata dall'art. 15 delle NTA del PRG, così individuando la particella fondiaria (di seguito

p.f.) 267/9, di 528 mq. In seguito i signori Paolo Gobbi, Giulietta Faccio, Marialuisa Gobbi, Giovanna Gobbi e Mafalda Gobbi con contratto di permuta in data 5 ottobre 2005 hanno ceduto alla società Ellebi Costruzioni s.r.l. tutta la volumetria edificabile generata dalla neoformata p.f. 267/9 a favore della particella edificiale 935 e della particella fondiaria 272/3.

A seguito della realizzazione e successiva alienazione, da parte della società Ellebi Costruzioni, di quattro edifici residenziali, gli originari fondi dominanti sono stati frazionati, estinti ed aggregati ad altre particelle fondiarie. Pertanto attualmente la cessione di cubatura a carico della p.f. 267/9 risulta a favore della particella edificiale 815 e della particella edificiale 2214, di proprietà di soggetti diversi dalla Ellebi Costruzioni. *Medio tempore* il Comune di Arco, nell'esercizio del proprio potere di pianificazione del territorio, non ha attribuito al fondo contraddistinto dalla p.f. 267/9 alcuna potenzialità edificatoria ulteriore rispetto a quella riconosciuta alla data di stipulazione del contratto di cessione di cubatura.

Il signor Paolo Gobbi con istanza del 5 novembre 2020 ha chiesto al Comune di Arco il rilascio del permesso di costruire per la costruzione di un complesso residenziale sulle particelle fondiarie 267/1 e 267/9, entrambe attualmente di sua proprietà. Tale istanza è stata, quindi, sottoposta all'esame della Commissione Edilizia Comunale (di seguito CEC) e il Comune Arco, a seguito del parere espresso dalla CEC nella seduta del 1° febbraio 2021, con nota del data 9 febbraio 2021 ha sospeso il procedimento per il rilascio del titolo edilizio chiedendo integrazioni documentali e, per quanto rileva in questa sede: A) il ricalcolo della potenzialità edificatoria del fondo, da determinarsi applicando l'indice di utilizzazione fondiaria sulla superficie di entrambe le particelle ridotto della superficie utile netta corrispondente alla

volumetria a suo tempo ceduta (mc 1056); B) la localizzazione del complesso residenziale in progetto solamente sulla p.f. 267/1, in ragione dell'esistenza, a carico della contigua p.f. 267/9, di una servitù *non aedificandi* a favore delle pp.edd. 815 e 2214.

Il signor Gobbi ha presentato le integrazioni documentali richieste, ma ha confermato la localizzazione di parte del complesso residenziale sulla p.f. 267/9. La CEC, a sua volta, nella seduta del 12 luglio 2021 ha confermato il proprio precedente parere, escludendo ogni possibilità edificatoria della p.f. 267/9 in quanto, *«dal punto di vista civilistico, il titolo di servitù allibrato in assenza di specifica planimetria allegata, si estende sull'intera pf. 267/9, con conseguente totale inedificabilità della medesima, sino alla estinzione o modificazione della servitù stessa»*. Pertanto il responsabile del procedimento, nonostante la nuova soluzione progettuale nel frattempo presentata dal signor Gobbi, con nota prot. 29633 in data 11 ottobre 2021 ha comunicato i motivi ostativi all'accoglimento della domanda di permesso di costruire, in ragione dell'impossibilità di assentire la realizzazione di parte del nuovo complesso residenziale sulla p.f. 267/9.

Il signor Gobbi in data 14 ottobre 2021 ha presentato le proprie osservazioni, evidenziando che: A) la servitù costituita sulla p.f. 267/9 ha il solo obiettivo di attestare il trasferimento della cubatura pari a 1056 mc da tale particella alle p.f. 815 e alla p.f. 2214, senza che ciò comporti l'inedificabilità della particella; B) nel contratto di cessione di cubatura le parti hanno di fatto mantenuto inalterata la restante potenzialità edificatoria della p.f. 267/9, secondo il PRG allora vigente e/o secondo le future previsioni del PRG; C) avendo la predetta servitù valore non già privatistico, bensì pubblicistico, il proprietario della p.f. 267/9 può edificare sul fondo

contraddistinto da tale particella. Ciononostante la CEC nel parere espresso all'esito della seduta del 21 ottobre 2021 ha confermato i propri precedenti pareri, osservando che p.f. 267/9, *«a seguito della cessione della cubatura, è completamente svuotata della capacità edificatoria e pertanto inedificabile»*.

Da ultimo il Comune di Arco, condividendo il parere della CEC, ha notificato all'istante l'impugnato provvedimento n. 32286/2021 in data 3 novembre 2021, con cui è stata definitivamente rigettata la domanda di permesso di costruire con la seguente motivazione: *«La servitù di non edificare sulla p.f. 267/9 CC Arco è stata costituita in conseguenza della cessione nell'anno 2005 di tutta la cubatura, pari a mc 1056, relativa e generata - secondo l'indice massimo pari a 2,00 mc/mq allora vigente - da tutta la superficie della p.f. 267/9 C.C. Arco pari catastalmente a mq. 528. La p.f. 267/9 pertanto, in conseguenza della cessione di cubatura ed in assenza dell'assegnazione di nuova e diversa capacità edificatoria da parte del P.R.G. vigente, risulta oggi non edificabile»*.

2. Di tale provvedimento il signor Paolo Gobbi - premesso che il presente ricorso è stato notificato anche al signor Salvador Valandro in qualità di proprietario di un'unità abitativa ubicata nell'immobile contraddistinto dalla p.ed. 935 - chiede l'annullamento, deducendo a supporto della propria domanda un solo motivo di ricorso, così articolato: *violazione ed erronea applicazione dell'art. 8 delle NTA del PRG e degli articoli 1362 e seguenti cod. civ.; eccesso di potere per erroneità nei presupposti, travisamento della realtà, difetto di istruttoria e carenza di motivazione e conseguente*.

In particolare, secondo il ricorrente, l'Amministrazione ha erroneamente ritenuto che, per effetto dell'asservimento volumetrico di cui al contratto di permuta del 5 ottobre 2005, l'intera p.f. 267/9 sia completamente svuotata della capacità edificatoria e, quindi, inedificabile. Tuttavia

tale interpretazione non è corretta. Difatti, se è vero che l'intera volumetria edificatoria di pertinenza della p.f. 267/9 è stata ceduta alla società Ellebi Costruzioni, è parimenti vero che:

A) l'asservimento di un fondo ad un altro consiste nella volontà da parte del proprietario del fondo cedente di rinunciare alle potenzialità edificatorie del proprio fondo per accrescere quelle di un altro fondo; B) nel contratto di permuta del 2005 viene precisato che *«al fine di evidenziare tavolarmente detto diritto viene costituita servitù non aedificandi a carico della p.f. 267/9 ed a favore della p.ed. 935 della p.f. 272/3 per una volumetria pari a mc 1056 (ferma rimanendo la possibilità edificatoria dei signori Faccio relativa alla restante volumetria rimasta in loro titolarità secondo l'attuale e/o futuri piani regolatori)». Dal tenore letterale di tale contratto si desume, quindi, che l'obiettivo delle parti contraenti consisteva nel privare la p.f. 267/9 delle proprie potenzialità edificatorie, ma non certo nel rendere tale particella inedificabile. In altri termini, *«le parti non intesero con l'atto precludere la possibilità di edificare sulla particella in parola, purché utilizzando un potenziale volumetrico proveniente da altre particelle fondiarie limitrofe».**

Del resto è ben vero che la locuzione *«servitù non aedificandi»*, utilizzata dalle parti contraenti, potrebbe indurre a ritenere preclusa qualsiasi possibilità di edificare sulla p.f. 267/9. Tuttavia la lettura complessiva del contratto, imposta dal canone ermeneutico di cui all'art. 1363 cod. civ., dimostra in modo inequivoco che tale locuzione venne utilizzata esclusivamente *«al fine di evidenziare tavolarmente detto diritto»* (ossia la cessione di cubatura), tant'è che nel contratto è stata specificata la volumetria ceduta (1056 mc) ed è stato altresì precisato che la cessione di cubatura non avrebbe impedito l'utilizzo delle residue potenzialità edificatorie del fondo, garantite dal PRG vigente all'epoca di stipula dell'atto o da varianti urbanistiche successivamente intervenute.

Dunque, l'unico limite derivante dal predetto contratto consiste nell'impossibilità di utilizzare la volumetria ceduta per edificare sul fondo contraddistinto dalla p.f. 267/9, ben potendo il fondo stesso essere utilizzato a fini edificatori senza considerare la volumetria ceduta, com'è avvenuto con la predisposizione del progetto per cui è causa, ove si prevede che il nuovo complesso residenziale, pur insistendo parzialmente sulla p.f. 267/9, venga edificato grazie alla volumetria (*rectius*, la superficie utile netta) di pertinenza della p.f. 267/1. Invece il Comune ha erroneamente interpretato il contratto del 2005 ritenendo che la servitù a suo tempo costituita precludesse qualsiasi possibilità di edificare sulla p.f. 267/9, mentre l'obiettivo delle parti contraenti - perseguito mediante l'asservimento intavolato - è stato solamente quello di dare evidenza tavolare (stante la circostanza che l'area destinata all'edificazione ricade nell'ambito della disciplina di cui all'art. 2 del R. D. 28 marzo 1929, n. 49, recante "*Disposizioni relative ai libri fondiari dei territori delle nuove province*") al fatto che la volumetria ceduta non avrebbe potuto essere utilizzata per edificare sulla predetta particella.

3. Il Comune di Arco si è costituito in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 21 aprile 2022 ha replicato alla tesi di controparte, secondo la quale la «*servitù non aedificandi*» gravante sulla p.f. 267/9 non escluderebbe la facoltà di edificare sulla particella stessa, osservando che tale assunto si fonda su un'interpretazione del contratto costitutivo della servitù stessa che contrasta con il connotato essenziale delle servitù prediali, che identifica il rapporto tra due fondi.

Difatti la servitù è un diritto reale tipico, il cui contenuto può essere anche atipico, che consiste nel peso imposto sopra un fondo, denominato servente, per l'utilità di un altro fondo,

denominato dominante e appartenente a un diverso proprietario (cfr. l'art. 1027 cod. civ.). Il connotato essenziale di tale diritto è il rapporto fra i fondi, ossia l'asservimento di un fondo rispetto ad un altro. In particolare, in presenza di una servitù *non aedificandi* al proprietario del fondo servente è fatto divieto di edificare sul proprio fondo, mentre al proprietario del fondo dominante è riconosciuto il diritto di pretendere che quello servente rimanga ineditato, nulla dovendo fare per esercitare il proprio diritto se non vigilare affinché il proprietario del fondo servente non violi il divieto di edificare. Pertanto, in considerazione del rapporto di vantaggio e di utilità di un fondo a carico di un altro, è irrilevante l'intenzione delle parti del contratto costitutivo della servitù, nel senso che l'intenzione delle parti va ricostruita in coerenza col connotato essenziale del rapporto di servitù fra fondi, di modo che *«l'inedificabilità del fondo servente permanga anche rispetto ai nuovi e diversi proprietari dei fondi dominanti»*.

Applicando tali principi alla fattispecie in esame, non è possibile edificare sulla la p.f. 267/9 perché tale particella è tuttora gravata, per tutta la propria estensione (pari a mq 528), dalla *«servitù non aedificandi»* costituita nel 2005 contestualmente alla cessione di tutta la volumetria generata dalla medesima particella (pari a mc 1056), ed essa pertanto identifica un fondo servente non più a beneficio delle originarie p.ed. 935 e p.f. 272/3, di proprietà della società Ellebi Costruzioni, bensì delle p.ed. 815 e p.ed. 2214, di proprietà di soggetti terzi che, stante la natura reale della servitù prediale in questione, hanno anch'essi il diritto di pretendere che il fondo contraddistinto dalla p.f. 267/9 permanga ineditato. Pertanto, nella fattispecie l'unica interpretazione del contratto del 2005 coerente col carattere tipico del diritto di servitù è quella che valorizza la volontà degli originari proprietari della p.f. 267/9 di mantenere la

cubatura eccedente quella ceduta - ossia quella derivante da eventuali future varianti urbanistiche (eventualità che però non si è *medio tempore* verificata) - sulla contigua p.f. 267/1, che ha destinazione residenziale e non risulta gravata da alcuna servitù *non aedificandi*. Invece assecondare la tesi di controparte significherebbe legittimare il rilascio di un permesso di costruire per edificare su un fondo rispetto al quale l'istante - in ragione della sussistenza del diritto di servitù - è privo del titolo idoneo, richiesto dall'art. 81, comma 1 della legge provinciale n. 15/2015.

4. Il signor Paolo Gobbi con memoria depositata in data 4 maggio 2022 ha insistito per l'accoglimento del ricorso rimarcando, in particolare, che la tesi sostenuta dall'Amministrazione resistente *«si traduce nella “negazione” di un istituto assolutamente conosciuto e sedimentato in materia urbanistica, che è quello del c.d. asservimento volumetrico»*, istituto che determina non già il divieto di costruire sul fondo asservito, bensì il mero divieto di utilizzare a fini edificatori la volumetria di pertinenza del fondo asservito.

5. Alla pubblica del 26 maggio 2022 il ricorso è stato chiamato e trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente si deve rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, T.A.R. Molise, 8 marzo 2018, n. 124), i proprietari dei fondi vicini a quello cui si riferisce la domanda di permesso di costruire, pur essendo legittimati ad impugnare il provvedimento di accoglimento di tale domanda, non si configurano - di norma - come controinteressati ai quali il ricorso dev'essere notificato a pena di inammissibilità.

Ciò posto, avuto riguardo alla fattispecie in esame, è sufficiente evidenziare che nel provvedimento impugnato non è menzionato alcuno degli attuali proprietari dei fondi in favore dei quali è stata costituita la «*servitù non aedificandi*» che tuttora grava sul fondo contraddistinto dalla p.f. 267/9 e, quindi, stante l'assodata inesistenza di controinteressati in senso formale, il contraddittorio risulta correttamente instaurato con l'evocazione in giudizio del Comune di Arco.

2. Passando al merito, l'unica questione sottoposta all'esame del Tribunale concerne la possibilità di allocare parte del complesso residenziale oggetto della domanda di permesso di costruire presentata dal ricorrente in data 5 novembre 2020 sul fondo contraddistinto dalla p.f. 267/9, ancorché tale fondo sia gravato da una «*servitù non aedificandi ... per una volumetria pari a mc 1056*», originariamente costituita, con contratto di permuta sottoscritto nel 2005, dagli originari proprietari della medesima particella con la società Ellebi Costruzioni, a favore della p.ed. 935 della p.f. 272/3.

Difatti non è controverso tra le parti che, per effetto di tale contratto, tutta la volumetria della p.f. 267/9 sia stata ceduta a favore della p.ed. 935 e della p.f. 272/3 (ora p.ed. 815 e p.ed. 2214) e non siano *medio tempore* intervenute varianti urbanistiche che hanno incrementato le potenzialità edificatorie della medesima p.f. 267/9. Parimenti non è controverso che in base al progetto presentato dal ricorrente - attuale proprietario della p.f. 267/9 - l'edificando complesso residenziale insisterebbe parzialmente su tale particella, ma la relativa volumetria sarebbe solamente quella di pertinenza della p.f. 267/1: e ciò proprio in quanto la p.f. 267/9 è, allo stato, priva di ogni potenzialità edificatoria.

Dunque le contrapposte tesi delle parti del presente giudizio divergono soltanto riguardo all'interpretazione della clausola del contratto di permuta del 2005, secondo la quale, *«al fine di evidenziare tavolarmente»* il *«diritto di cubatura»* ceduto signori Paolo Gobbi, Giulietta Faccio, Marialuisa Gobbi, Giovanna Gobbi e Mafalda Gobbi alla società Ellebi Costruzioni, *«viene costituita servitù non aedificandi a carico della p.f. 267/9 ed a favore della p.ed. 935 della p.f. 272/3 per una volumetria pari a mc 1056 (ferma rimanendo la possibilità edificatoria dei signori Faccio relativa alla restante volumetria rimasta in loro titolarità secondo l'attuale e/o futuri piani regolatori)»*.

In particolare, secondo la tesi del ricorrente, sarebbe comunque possibile allocare parte della volumetria di pertinenza della p.f. 267/1 sulla p.f. 267/9 perché il suddetto contratto di permuta andrebbe interpretato nel senso che l'intenzione delle parti contraenti consisteva nel privare la p.f. 267/9 delle relative potenzialità edificatorie mediante la cessione dell'intera cubatura di pertinenza (pari a 1056 mc), ma non certo nel rendere la particella stessa inedificabile mediante la costituzione di una *«servitù non aedificandi»*. Del resto, l'espreso riferimento a tale servitù sarebbe stato funzionale solamente ad *«evidenziare tavolarmente»* il diritto di cubatura ceduto, ossia a consentire la c.d. *“intavolazione della cessione di cubatura”* nel Libro Fondiario di cui al R.D. 28 marzo 1929, n. 499.

Invece, secondo la tesi dell'Amministrazione resistente, il ricorrente non sarebbe in possesso di un titolo idoneo per edificare sulla p.f. 267/9, come richiesto dall'art. 81, comma 1 della legge provinciale n. 15/2015, perché il riferimento alla *«servitù non aedificandi»* contenuto nel contratto di permuta del 2005 andrebbe interpretato in coerenza col connotato essenziale del rapporto di servitù fra fondi delineato dall'art. 1027 cod. civ. e costituito dall'asservimento di un fondo

rispetto ad un altro fondo, di modo che *«l'inedificabilità del fondo servente permanga anche rispetto ai nuovi e diversi proprietari dei fondi dominanti»*. Pertanto neppure sfruttando parte della volumetria di pertinenza della p.f. 267/1 sarebbe possibile edificare sul fondo contraddistinto dalla p.f. 267/9, stante la *«servitù non aedificandi»* che tuttora grava su tale fondo.

Ebbene, a giudizio del Collegio, la tesi del ricorrente è corretta, ma richiede di procedere: A) dapprima a ricostruire l'effettiva volontà delle parti del contratto sottoscritto nel 2005, utilizzando i canoni ermeneutici di cui agli articoli 1362 e seguenti cod. civ.; B) quindi ad illustrare, anche alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato l'istituto della cessione di cubatura, la plausibile ragione per cui le parti del predetto contratto hanno fatto espresso riferimento alla *«servitù non aedificandi»* nell'ambito della clausola contrattuale relativa alla cessione della cubatura di pertinenza della p.f. 267/9; C) infine a precisare come, ai fini del presente giudizio, assuma decisivo rilievo proprio la volontà espressa dalle parti del predetto contratto nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

3. Come già evidenziato, dagli atti di causa risulta che i signori Paolo Gobbi, Giulietta Faccio, Marialuisa Gobbi, Giovanna Gobbi e Mafalda Gobbi con un contratto di permuta stipulato nel 2005 hanno ceduto alla società Ellebi Costruzioni *«l'intera volumetria edificatoria (diritto di cubatura), pari a mc 1056, di pertinenza alla p.f. 267/9»* e contestualmente le parti hanno testualmente pattuito che *«al fine di evidenziare tavolarmente detto diritto viene costituita servitù non aedificandi a carico della p.f. 267/9 ed a favore della p.ed. 935 della p.f. 272/3 per una volumetria pari a mc 1056 (ferma rimanendo la possibilità edificatoria dei signori Faccio relativa alla restante volumetria rimasta in loro titolarità secondo l'attuale e/o futuri piani regolatori)»*.

Giova poi evidenziare che, ai sensi dell'art. 1362, comma 1, cod. civ. (rubricato "*Intenzione dei contraenti*"), "*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole*", mentre ai sensi dell'art. 1363, cod. civ. (rubricato "*Interpretazione complessiva delle clausole*"), "*Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto*".

Inoltre, avuto riguardo a tali disposizioni, la giurisprudenza (*ex multis*, Cass. civ., Sez. II, 25 giugno 2020, n. 12664) ha chiarito che, nell'interpretazione del contratto, *«il carattere prioritario dell'elemento letterale non va inteso in senso assoluto, atteso che il richiamo nell'art. 1362 c.c., alla comune intenzione delle parti impone di estendere l'indagine ai criteri logici, teleologici e sistematici anche laddove il testo dell'accordo sia chiaro ma incoerente con indici esterni rivelatori di una diversa volontà dei contraenti; pertanto, sebbene la ricostruzione della comune intenzione delle parti debba essere operata innanzitutto sulla base del criterio dell'interpretazione letterale delle clausole, assume valore rilevante anche il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1363 c.c., che impone di desumere la volontà manifestata dai contraenti da un esame complessivo delle diverse clausole aventi attinenza alla materia in contesa, tenendosi, altresì, conto del comportamento, anche successivo, delle parti»*.

Ebbene, in applicazione delle predette disposizioni e di tale condivisibile arresto giurisprudenziale, il Collegio ritiene che - a differenza di quanto affermato dall'Amministrazione resistente - nel caso in esame non possa assumere decisivo rilievo il testuale riferimento alla costituzione di una *«servitù non aedificandi»* (pur contenuto nel contratto di permuta del 2005) per ritenere che le parti contraenti abbiano inteso, in aggiunta alla cessione della cubatura di pertinenza della p.f. 267/9, impedire l'edificazione di tale particella. Difatti il

contratto contiene una pluralità di indici rivelatori di una diversa volontà delle parti, qui di seguito indicati.

Innanzitutto nella prima parte della clausola viene pattuita solamente la cessione della *«intera volumetria edificatoria (diritto di cubatura), pari a mc 1056», di pertinenza alla p.f. 267/9»*, senza far alcun riferimento alla volontà di impedire l'edificazione della particella stessa. Inoltre nella seconda parte della clausola, che contiene l'espresso riferimento alla costituzione di una *«servitù non aedificandi»*, viene espressamente enunciato che tale servitù viene costituita al fine di *«evidenziare tavolarmente»* il diritto di cubatura ceduto, così lasciando intendere che la costituzione della servitù era funzionale solo a consentire l'intavolazione del diritto di cubatura, ossia l'iscrizione della cessione dell'intera cubatura di pertinenza della p.f. 267/9 nei Libro fondiario. Infine, sempre nella seconda parte della clausola, le parti contraenti non si limitano a riaffermare che la *«servitù non aedificandi»* viene costituita *«a carico della p.f. 267/9 ed a favore della p.ed. 935 della p.f. 272/3 per una volumetria pari a mc 1056»*, così confermando la cessione di tutta la cubatura di pertinenza della p.f. 267/9, ma precisano altresì che la costituzione di tale servitù non preclude *«la possibilità edificatoria dei signori Faccio relativa alla restante volumetria rimasta in loro titolarità secondo l'attuale e/o futuri piani regolatori»*, così confermando che, in realtà, la costituzione della servitù non era funzionale ad impedire l'edificazione della p.f. 267/9, bensì a consentire l'intavolazione del diritto di cubatura.

Così ricostruita l'effettiva volontà delle parti del contratto, diviene necessario spiegare perché esse abbiano fatto espresso riferimento alla *«servitù non aedificandi»*, pur non volendo impedire l'edificazione della p.f. 267/9; e tale spiegazione, come già accennato, postula brevi cenni

all'evoluzione normativa e giurisprudenziale che nel tempo ha caratterizzato l'istituto della cessione di cubatura.

4. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione - chiamate a pronunciarsi sulla qualificazione giuridica della cessione di cubatura ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, definita nella sentenza 9 giugno 2021, n. 16080, come l'atto *«con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo»* - nella medesima sentenza hanno precisato che: A) sebbene l'istituto della cessione di cubatura sia caratterizzato da una notevole *«complessità strutturale della fattispecie, insita nella interdipendenza di plurimi piani giuridici, a seconda che la natura e gli effetti della cessione di cubatura rilevino per l'ordinamento civilistico, per quello amministrativo-urbanistico, ovvero ancora (come nella specie) per quello tributario»*, deve tuttavia escludersi che *«possa pervenirsi ad una soluzione diversificata e fiscalmente orientata del problema della natura giuridica dell'atto di cessione di cubatura»*; B) la cessione di cubatura, *«pur mantenendosi certamente al di fuori del perimetro dei diritti edificatori direttamente generati dalla PA nell'ambito della c.d. urbanistica consensuale, dà comunque anch'essa luogo ad una forma di distacco e separata negoziazione dello jus aedificandi rispetto alla proprietà del suolo»*, ma ciò non vale a ritenere superata l'ontologica diversità tra i due istituti.

Inoltre le Sezioni Unite, nell'analizzare i diversi orientamenti giurisprudenziali formati nel tempo in ordine alla natura della cessione di cubatura, hanno evidenziato che l'indirizzo secondo il quale il contratto di cessione di cubatura si colloca tra gli atti costitutivi o traslativi di un diritto reale *«si fonda sulla valorizzazione - nell'ambito di una fattispecie che, pur correlandosi al rilascio*

del titolo edilizio da parte della pubblica amministrazione, si assume a forte connotazione privatistica - del carattere prettamente dominicale ascrivibile allo sfruttamento edilizio del suolo e, per questa via, alla considerazione della edificabilità in termini di utilità intrinseca ed inerente a quest'ultimo (qualitas fundi)». Peraltro Sezioni Unite hanno evidenziato altresì che all'interno di tale orientamento non sono state fornite «risposte sempre univoche sul tipo di diritto reale che verrebbe a costituirsi o a trasferirsi con l'atto di cessione di cubatura».

Al riguardo le medesime Sezioni Unite - per quanto più interessa in questa sede - hanno osservato che, nell'ambito dei diritti reali di godimento, certamente più vicino alla realtà della fattispecie della cessione di cubatura (rispetto al diritto di superficie) «è il richiamo allo schema della servitù prediale e, in particolare, alle figure della servitù non aedificandi (in caso di cessione totale della cubatura assentita) ovvero altius non tollendi (in caso di cessione parziale). Anche in questo caso si è in presenza di una concezione fortemente privatistica dell'istituto, la quale pone l'assenso della pubblica amministrazione all'esterno della fattispecie costitutiva, rispetto alla quale esso fungerebbe da mera condizione di efficacia nelle forme della condicio juris (qualora prevista dal piano regolatore generale o dall'altra disciplina urbanistica), ovvero della condicio facti (se prevista come tale dalle parti nel contratto); neppure mancano, in dottrina, richiami all'assenso della PA quale, non già elemento accidentale del contratto, ma oggetto di presupposizione con incidenza causale sulla volontà negoziale».

In particolare, le Sezioni Unite hanno rimarcato che «sul piano teorico la servitù consente, rispetto ad altri diritti reali, più ampi spazi ricostruttivi in ragione del peculiare atteggiarsi in essa del carattere di tipicità. Ciò nel senso che se la servitù è certamente autodeterminata e tipica nella individuazione legale dei suoi elementi costitutivi e portanti (in primo luogo nella essenzialità della relazione di asservimento di un fondo a vantaggio di

un fondo contiguo), la determinazione del contenuto pratico di questa relazione e delle sue concrete modalità di svolgimento e manifestazione è poi ampiamente demandata (nelle servitù volontarie) all'autonomia delle parti ed alla finalizzazione e qualificazione della servitù a seconda delle più eterogenee esigenze di asservimento-utilità (agricole, industriali, edilizie ecc...) assegnate dalle parti stesse ai fondi. Ed infatti l'adozione, in materia, dello schema della servitù, ovvero - come anche si legge - dell'asservimento del terreno per scopi edificatori, scaturisce dall'assunto, più volte ribadito in giurisprudenza, secondo cui: "le pattuizioni con le quali vengono imposte, a carico di un fondo ed 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 del proprietario dell'area contigua. 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" (Cass. nn. 2743/73, 1317/80, 4624/84, 4770/96, 3937/01, 14580/12)».

Contestualmente le Sezioni Unite hanno evidenziato i molteplici «*profili di inadeguatezza*» del pur diffuso orientamento che inquadra la cessione di cubatura nello schema della servitù prediale, segnatamente costituiti: A) dalla «*incidenza esplicita dal ruolo della PA nel rilascio del permesso di costruire maggiorato; incidenza che comporta, se non il formale innesto dell'accordo negoziale tra i privati nell'ambito del procedimento amministrativo di rilascio del titolo edilizio, quantomeno la dipendenza degli effetti pratici dell'atto di cessione di cubatura da un elemento estraneo, ma tutt'altro che secondario ed accidentale, all'atto costitutivo o traslativo in sé*»; B) dal fatto che «*alla cessione di cubatura si associa normalmente l'assunzione da parte del cedente di un obbligo specifico, rappresentato dalla prestazione di consenso al rilascio,*

da parte dell'amministrazione comunale, del permesso di costruire per cubatura maggiorata. Senonché, questo contenuto di fare si pone di per sé in conflitto con la natura della servitù la quale, nel caso di specie, verrebbe in pratica a connotarsi per il cumulo sia di una componente negativa o passiva in essa strutturale (di non facere relativamente alla inedificabilità del fondo servente, e di patii relativamente all'accettazione della edificazione in esubero sul fondo dominante), sia di una componente positiva del tutto incompatibile (di attivazione personale in sede amministrativa)»; C) dal requisito della vicinanza tra i fondi, perché nel caso della cessione di cubatura «non è detto che i fondi debbano essere confinanti, essendo invece essenziale che essi siano ricompresi all'interno della medesima zona urbanistica, così da partecipare della medesima destinazione e degli stessi standard edificatori (prossimità di zona)».

Ciò posto, il Collegio ritiene che - avuto riguardo alle cessioni di cubatura pattuite nel periodo anteriore all'entrata in vigore dell'art. 5 del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, che ha introdotto nel primo comma dell'art. 2643 cod. civ. il n. 2 bis), secondo il quale devono rendersi pubblici col mezzo della trascrizione *“i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”* - i riferimenti alla servitù *non aedificandi* (in caso di cessione totale della cubatura assentita), ovvero *altius non tollendi* (in caso di cessione parziale) contenuti nei relativi contratti (ivi compreso il contratto di permuta quella per cui è causa) si possano ragionevolmente spiegare in ragione dell'esigenza di consentire la trascrizione/intavolazione degli atti contenenti una cessione di cubatura. Difatti, come ricordato dalle Sezioni Unite nella suddetta pronuncia, all'indirizzo secondo il quale il contratto di cessione di cubatura si colloca tra gli atti costitutivi o traslativi di un diritto reale, si

contrapponeva la tesi - sostenuta anche in tempi recenti (*ex multis*, Cass. civ., Sez. II, 3 settembre 2020, n.18291) - per cui la cessione di cubatura *«presuppone il perfezionamento di un accordo con il quale una parte (il proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinché la cubatura (o una parte di essa) che gli compete in base agli strumenti urbanistici venga attribuita dalla P.A. al proprietario del fondo vicino (cessionario), compreso nella stessa zona urbanistica, così consentendogli di chiedere ed ottenere una concessione per la costruzione di un immobile di volume maggiore di quello cui avrebbe avuto altrimenti diritto ...*

. Il trasferimento di cubatura tra le parti e nei confronti dei terzi consegue, tuttavia, esclusivamente al provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia all'utilizzazione della volumetria manifestata al Comune dal cedente, aderendo al progetto edilizio presentato dal cessionario, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario Tale accordo, quindi, ha un'efficacia meramente obbligatoria tra i suoi sottoscrittori e non è, quindi, configurabile come un contratto traslativo (e, tanto meno, costitutivo) di un diritto reale opponibile ai terzi».

In definitiva è ben vero che - alla luce della ricordata novella dell'art. 2643 cod. civ. e dell'autorevole insegnamento delle Sezioni Unite - la cessione di cubatura si configura oramai come un atto: A) *«immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale»*; B) *«non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.»*; C) *«trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis»*; D) *«assoggettabile ad imposta proporzionale di registro come atto diverso avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale ex art. 9 Tariffa Parte Prima allegata al D.P.R. n. 131 del 1986 nonché, in caso di trascrizione e voltura, ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa ex artt. 4 Tariffa allegata al D.Lgs. n. 347 del 1990 e art. 10, comma 2, del medesimo D.Lgs.»*. Tuttavia - tenuto conto del principio della tassatività dei diritti che possono essere intavolati o prenotati, sancito dall'art. 9 della legge

generale sui Libri fondiari, allegato al R.D. 28 marzo 1929, n. 499 - è plausibile ritenere che nel 2005 (ossia quando è stato stipulato il contratto di permuta per cui è causa) l'espresso riferimento alla costituzione di una «*servitù non aedificandi*», operato dalle parti di un contratto di cessione di cubatura, fosse funzionale non già ad impedire qualsivoglia edificazione sul fondo servente, bensì a consentire l'intavolazione della cessione di cubatura mediante il riferimento alla costituzione di uno dei diritti reali tassativamente indicati nell'art. 9 del testo della legge generale sui Libri fondiari all'epoca vigente, il quale, per l'appunto, menzionava "le *servitù*", ma non i diritti edificatori di cui all'articolo 2643, numero 2-bis, del codice civile. Del resto, come già evidenziato, nella seconda parte della clausola contrattuale in questione è stata chiaramente palesata l'intenzione delle parti di «*evidenziare tavolarmente*» il diritto di cubatura ceduto.

5. Una significativa conferma delle considerazioni sin qui svolte si trae dalla circolare del Servizio Libro fondiario della Provincia di Trento n. 1/2018 del 12 marzo 2018, avente ad oggetto il «*rapporto tra il diritto di servitù di cessione di cubatura ed i diritti edificatori*». In particolare, in tale circolare - ove viene affrontato il complesso tema (estraneo al presente giudizio) della compatibilità dei diritti edificatori con l'istituto della cessione di cubatura (peraltro significativamente definito come «*il diritto di servitù di cessione di cubatura*») dopo l'introduzione della già richiamata disposizione dell'art. 2643, comma 1, n. 2-bis), cod. civ. - si legge quanto segue.

«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».

Dunque, è ben vero che - come pure evidenziato nella predetta circolare n. 1/2018 - a seguito della modifica dell'art. 9 del nuovo testo della legge generale sui Libri fondiari i diritti edificatori

di cui all'art. 2643, comma 1, n. 2 bis), cod. civ. sono espressamente annoverati tra i diritti suscettibili di intavolazione e prenotazione, sicché oramai «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». Tuttavia è parimenti innegabile che, prima della riforma del 2011, la cessione di cubatura potesse essere diversamente configurata dagli interessati, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, come un vero e proprio diritto reale, di «evidenziare tavolarmente» il diritto di cubatura ceduto.

Ritiene allora il Collegio che queste ulteriori considerazioni confermino che la costituzione di una servitù *non aedificandi* come quella prevista nel contratto di permuta per cui è causa, essendo essenzialmente funzionale ad «evidenziare tavolarmente» il diritto di cubatura ceduto, non possa essere avulsa dalle altre pattuizioni contenute nel contratto stesso e innanzi illustrate, le quali inducono a ritenere che le parti - pattuendo la cessione di cubatura di pertinenza della p.f. 267/9 - non abbiano affatto inteso precludere la possibilità di traslare parte della volumetria di pertinenza della p.f. 267/1 (o di altre particelle) sulla p.f. 267/9 ai fini dell'edificazione di quest'ultima particella.

6. Resta a questo punto solo da precisare che, come già accennato, ai fini del presente giudizio assume decisivo rilievo proprio la volontà espressa dalle parti del contratto del 2005 nell'esercizio dell'autonomia negoziale ad esse riconosciuta, non essendo condivisibile la tesi dell'Amministrazione resistente secondo la quale nel caso in esame l'intenzione delle parti andrebbe, invece, ricostruita in coerenza col connotato essenziale del rapporto di servitù fra

fondi, *«di modo che l'inedificabilità del fondo servente permanga anche rispetto ai nuovi e diversi proprietari dei fondi dominanti».*

Non può certo dubitarsi del fatto che le parti del contratto di permuta stipulato nel 2005 abbiano costituito una *«servitù non aedificandi»* (seppure al fine di consentire l'intavolazione della cessione di cubatura); tuttavia da ciò non può inferirsi che la costituzione di un diritto reale della specie implichi sempre e comunque l'inedificabilità del fondo servente. Si deve infatti rammentare che, ai sensi dell'art. 1063 cod. civ., *“L'estensione e l'esercizio delle servitù sono regolati dal titolo e, in mancanza, dalle disposizioni seguenti”*; inoltre, ai sensi dell'art. 1065 cod. civ., *“Colui che ha un diritto di servitù non può usarne se non a norma del suo titolo o del suo possesso. Nel dubbio circa l'estensione e le modalità di esercizio, la servitù deve ritenersi costituita in guisa da soddisfare il bisogno del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente”*. Pertanto - posto che nel caso delle servitù volontarie (come quella per cui è causa) è dall'atto costitutivo del diritto di servitù che si desumono l'estensione e l'esercizio del diritto stesso - deve ulteriormente ribadirsi che non era intenzione delle parti del contratto di permuta impedire *tout court* l'edificazione della p.f. 267/9, ma solamente trasferire la cubatura di pertinenza di tale particella, con la conseguenza che tale cubatura non avrebbe potuto più essere utilizzata per edificare sul fondo cedente.

Per tali ragioni non si vede come l'Amministrazione resistente possa affermare che i *«nuovi e diversi proprietari dei fondi dominanti»* sarebbero pregiudicati dalla possibilità di allocare parte della volumetria di pertinenza della p.f. 267/1 sulla p.f. 267/9, se la *«servitù non aedificandi»* in questione non ha un'estensione tale da precludere tale possibilità.

Né osta ad attribuire decisivo rilievo alla volontà espressa dalle parti del contratto del 2005 la natura reale del diritto di servitù. Difatti, come già evidenziato, le Sezioni Unite della Cassazione nella suddetta sentenza, nell'illustrare l'indirizzo che inquadrava l'istituto della cessione di cubatura nello schema delle servitù prediali, hanno rimarcato che *«se la servitù è certamente autodeterminata e tipica nella individuazione legale dei suoi elementi costitutivi e portanti (in primo luogo nella essenzialità della relazione di asservimento di un fondo a vantaggio di un fondo contiguo), la determinazione del contenuto pratico di questa relazione e delle sue concrete modalità di svolgimento e manifestazione è poi ampiamente demandata (nelle servitù volontarie) all'autonomia delle parti»*.

Né tantomeno osta ad attribuire decisivo rilievo alla volontà delle parti la duplice circostanza, pure evidenziata dall'Amministrazione resistente, che con il contratto del 2005 sia stata ceduta tutta la volumetria della p.f. 267/9 e che in seguito le varianti del PRG del Comune di Arco non abbiano aumentato le potenzialità edificatorie della particella stessa. Difatti, come già evidenziato, nel contesto della clausola contrattuale recante la cessione di cubatura è stato specificato che la costituzione della *«servitù non aedificandi»* non avrebbe precluso *«la possibilità edificatoria dei signori Faccio relativa alla restante volumetria rimasta in loro titolarità secondo l'attuale e/o futuri piani regolatori»*, e tale espressione si presta ad essere interpretata nel senso che i proprietari del fondo cedente si sono riservati la facoltà di edificare sul fondo contraddistinto dalla p.f. 267/9 sfruttando o l'eventuale volumetria aggiuntiva attribuita a tale particella dalle future varianti del PRG, oppure la *«restante volumetria rimasta in loro titolarità»*, nella quale può senz'altro ritenersi inclusa - stante l'indeterminatezza dell'espressione stessa - la volumetria di particelle limitrofe alla p.f. 267/9, purché suscettibile anch'essa di essere ceduta. Del resto, ai sensi

dell'art. 1367 cod. civ. (rubricato "*Conservazione del contratto*"), "*Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno*".

Per tali ragioni non si vede come possa riferirsi l'espressione «*restante volumetria rimasta in loro titolarità*» alla residua volumetria della p.f. 267/9 se con la clausola in questione veniva ceduta tutta la volumetria della particella stessa. In altri termini, l'unica interpretazione dell'espressione in questione idonea ad attribuire all'espressione stessa un qualche effetto è quella sposata dal ricorrente, secondo la quale la costituzione della servitù in questione non preclude la possibilità di edificare sulla p.f. 267/9 sfruttando la volumetria di pertinenza di particelle limitrofe e suscettibile di cessione.

7. Tenuto conto di quanto precede, gli atti impugnati devono essere annullati perché sono frutto di un'errata interpretazione del contratto di permuta del 2005, che - a dispetto della costituzione di una servitù *non aedificandi* - non preclude affatto la possibilità di allocare parte della volumetria di pertinenza della p.f. 267/1 sulla p.f. 267/9, come previsto dal progetto presentato dal ricorrente. Resta, quindi, fermo l'obbligo del Comune di Arco di provvedere sulla domanda di permesso di costruire presentata dal ricorrente in conformità a quanto affermato nella presente sentenza.

8. La novità e la complessità delle questioni trattate costituiscono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti costituite le spese di lite. Nulla si deve disporre per le spese con riferimento al signor Salvador Valandro, che non si è neppure costituito in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 15 del 2022, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

Antonia Tassinari, Consigliere

L'ESTENSORE		IL PRESIDENTE
Carlo Polidori		Fulvio Rocco