

# **Relazione del Notaio Fiorita Puzone di Campobasso illustrata nella riunione del collegio dei distretti riuniti di Campobasso, Isernia e Larino del 17 maggio 2006**

## **TITOLI IDONEI A RICHIEDERE IL PERMESSO DI COSTRUIRE**

L'articolo 11 del D.P.R. 6 giugno 2001 n.380 modificato con D.L. 27 dicembre 2002 n.301 recante il T.U. sull'Edilizia recita:

"Caratteristiche del permesso di costruire.

- 1) Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo.
- 2) Il permesso di costruire è trasferibile, insieme all'immobile, ai successori o aventi causa. Esso non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali relativi agli immobili realizzati per effetto del suo rilascio. È irrevocabile ed oneroso ai sensi dell'art.16.
- 3) Il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti di terzi.

### **PREMESSA**

Il comma 1° di detto articolo riproduce quanto previsto dall'art.4 della legge 28-01-1977 n.10 che prevedeva "la concessione è data dal Sindaco al proprietario dell'area o a chi abbia titolo per richiederla con le modalità, con la procedura e con gli effetti di cui all'art.31 della legge 17-08-1942 n.1.150, e successive modificazioni e integrazioni, in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi e, nei comuni sprovvisti di detti strumenti, a norma dell'art.41-quinquies, primo e terzo comma della legge medesima, nonché delle ulteriori norme regionali (norma abrogata con l'art.136 del D.P.R. n.380/2001).

La novità riscontrabile nella nuova norma, oltre al mutato "nomen iuris" è il riferimento non più alla titolarità del diritto dominicale sull'area oggetto di intervento ma sull'immobile genericamente inteso. Sicuramente ciò è stato dettato dalla rilevanza degli interventi edilizi su manufatti già esistenti

che non si conciliavano col riferimento al proprietario "dell'area" ed inoltre al fine di rapportarlo a quanto stabilito all'art.10 del T.U. riguardante gli interventi subordinati al permesso di costruire;esso infatti prescrive la necessità del permesso di costruire non solo per le nuove costruzioni,ma anche per le ristrutturazioni urbanistiche,edilizie (quando importino particolari modifiche indicate nello stesso art.10,comma 1,lett.c) e,con opportuno intervento normativo regionale,per i mutamenti d'uso,connessi o non con trasformazioni fisiche;alla luce di tanto sarebbe stato improprio continuare a riferire il diritto del richiedente "all'area "e non"all'immobile.

La formulazione dell'art.11 riguardante i soggetti,diversi dai proprietari che possono ottenere il permesso di costruire,è carente pertanto l'individuazione degli stessi è rimessa all'interprete.

## IL PROPRIETARIO

Il comma 3 dell'art.11 in esame dispone che "il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti di terzi."

Interessa esaminare la sussistenza di limiti legali e di diritti reali di godimento a favore di terzi che potrebbero interferire con la legittimazione ad ottenere il titolo in quanto limitazioni alla libera attività di edificare.

La sussistenza del comma 3 dell'art.11 non significa che la P.A. non debba verificare se il richiedente sia legittimato alle opere in progetto,dato che tale legittimazione soggettiva,come la conformità urbanistica-edilizia dell'intervento,costituisce condizione di legittimità del permesso di costruire. È stato ripetutamente osservato (Cons.St.V Abruzzo,L'Aquila,7-5-2003 n.233) che il Comune deve sempre verificare la legittimazione del richiedente la concessione edilizia (oggi permesso di costruire) accertando che sia il proprietario dell'immobile oggetto dell'intervento edilizio o che abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria.

La Pubblica Amministrazione non è tenuta a compiere complesse indagini e ricognizioni sul titolo depositato dal richiedente, ma, come chiarito da autorevole giurisprudenza (Cons. St. V 22-6-2000 n. 3.525, URB. APP. 2001, 544) quando nel corso dell'iter formativo risultino acquisiti dall'Amministrazione (magari ad opera di terzi) elementi comprovanti l'esistenza di vincoli reali che limitano l'attività edificatoria dell'immobile, essa deve valutarli per negare il provvedimento richiesto (Cons. St. V, 21-10-2003 n. 6.592; TAR Basilicata 22-1-2002 n. 2, FATAR, 2002, 1073).

La P.A. infatti ha il dovere, in sede di istruttoria delle domande, di verificare se i richiedenti hanno titolo legittimo per costruire esaminando il titolo di proprietà dei terreni oggetto di intervento e l'estensione di tale diritto relativamente alla localizzazione del manufatto e dei luoghi da computare ai fini volumetrici.

Ha, dunque, la P.A. un potere-dovere di verificare la sussistenza, in capo all'istante, delle condizioni giuridiche soggettive necessarie per ottenere la concessione affinché esso sia assentito solo a chi abbia titolo per richiederla (P. Volpe; A. Mandarano).

La P.A. ha inoltre l'obbligo di verificare il rispetto dei c.d. limiti legali alla proprietà privata, posti a tutela delle proprietà confinanti dagli artt. 873 e segg. C.C.

Quelli che dipendono dalla legge e quindi dai citati articoli del C.C. sono chiaramente conoscibili; a differenza di quelli che dipendono da atti privati costitutivi di diritti reali di godimento a favore di terzi "opponibili" al richiedente il permesso di costruire quando essi siano stati acquisiti e conosciuti dalla P.A. (es. servitù trascritte contrastanti con le opere da realizzare).

## GLI ALTRI AVENTI DIRITTO

Sotto la vigenza dell'art. 4 della Legge n. 10/1977 si è formata una dottrina e una giurisprudenza per individuare i soggetti non proprietari dell'immobile

ma che si trovano in una particolare e qualificata relazione giuridica con esso al punto da legittimarli ad ottenere il titolo edificatorio.

Essi sono il rappresentante del proprietario, il contitolare del diritto dominicale; il titolare del diritto di superficie; l'usufruttuario; l'enfiteuta; il titolare del diritto di uso e di abitazione; l'espropriante immesso nel possesso anticipato del bene in virtù del decreto di occupazione d'urgenza; il commissario di beni demaniali; il conduttore di fondi urbani per l'esecuzione di riparazioni urgenti dell'immobile locato (TAR Lazio, Latina 24 maggio 2001 n.549 F.A. 2001); il conduttore di azienda per interventi funzionali all'esercizio dell'impianto (TAR Veneto, II 24-7-2001 n.2.221).

Dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che il mero possesso di fatto del bene non è idoneo per configurare la legittimazione attiva al rilascio del titolo edificatorio (Cons.St.IV, 28 maggio 2001 n.2.882; TAR Campania Napoli, IV, 12-01-2000 n.45; TAR Valle D'Aosta, 20-10-1987 n.116).

## IL PROMISSARIO ACQUIRENTE DELL'IMMOBILE

Molto dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza è se il promissario acquirente sia legittimato al rilascio del titolo edificatorio.

In merito si sono delineati già sotto la vigenza delle precedenti leggi in materia tre orientamenti:

- a) la tesi restrittiva che esclude tale legittimazione;
  - b) la tesi che ammette tale legittimazione;
  - c) un orientamento intermedio.
- a) La tesi restrittiva esclude la legittimazione del promissario acquirente a chiedere ed ottenere il titolo idoneo per edificare muovendo dal presupposto che lo "jus aedificandi" si trasferisce al promittente acquirente solo alla stipula del contratto definitivo (Cons.St.IV, 23-9-1998 n.1.173; Cons.St.22 giugno 2000 n.3.525; TAR Campania, Napoli IV, 30 giugno 2003 n.7.922 e TAR Toscana, I, 5 maggio 2003

n.1.492).

Secondo tali giudicati la concessione edilizia non può essere volturata che dopo la stipula del contratto definitivo, non potendo il promissario acquirente eseguire i lavori assentiti senza incorrere nelle sanzioni penali previste dall'art.17, lett. b) della legge 28 gennaio 1977 n.10, in materia di costruzione senza concessione.

b) La tesi di cui alla lettera b), minoritaria, afferma che il promissario acquirente può richiedere ed ottenere il titolo per costruire, in considerazione della esperibilità della azione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. in caso di inadempimento della "parte promittente alienante" (G.C. Mengoli, O. Carparelli).

Contro tale tesi c'è da considerare che la sentenza emessa ex art.2932 c.c., che ha natura costitutiva, produce l'effetto traslativo dal passaggio in giudicato (cass.Civ.II, 26 febbraio 2003 n.2.864) non può essere invocata come "fonte di una posizione legittimante riferita ad un momento precedente la sua pubblicazione (Cons.St.IV, 23 settembre 1998 n.1.173); inoltre è da considerare che tale azione giurisdizionale rimarrebbe preclusa al terzo di buona fede in caso di mancata trascrizione del contratto preliminare e successivo acquisto dell'immobile debitamente trascritto, non restando in tal caso altro che il diritto al risarcimento del danno ex art.2643 e segg.c.c.(Cass.Pen.III, 16 maggio 1983).

c) La terza tesi afferma che il promissario acquirente è legittimato a richiedere ed ottenere il titolo abilitativo per costruire quando sia stato già immesso nel possesso e nel godimento dell'immobile oggetto d'intervento (Cons.St.V, 18 giugno 1996 n.718, commento G.Bergonzini, TAR Campania, Napoli IV, 12 gennaio 2000 n.45; TAR Sardegna, 19 maggio 2003 n.618).

Si afferma infatti che la disponibilità e il possesso del bene in virtù di titolo "a domino" conferisce al promissario acquirente la legittimazione attiva per edificare poiché tali elementi (possesso e contratto preliminare) assurgono a proiezione del diritto di proprietà (Cons.St.V, 28 maggio 2001 n.2.882).

Il TAR Veneto, Sez. II, 19 gennaio 2004 n. 133, ha affermato che il promissario acquirente in base ad un contratto preliminare di acquisto di edificio non ha titolo idoneo per richiedere ed ottenere il permesso di costruire quando l'interessato non sia nel possesso pacifico e incontestato.

Un caso particolare è costituito dalla posizione dell'acquirente di un terreno in virtù di contratto stipulato in forma di scrittura privata registrata ma non autenticata e non trascritta, nel quale si fa menzione, tra l'altro, ad una convenzione stipulata tra la parte cedente ed il Comune riguardante il terreno oggetto di compravendita.

L'acquirente in virtù di tale titolo ha il possesso materiale dell'immobile e, nel contratto è detto che subentra in tutti i rapporti attivi e passivi dipendenti dalla Convenzione stipulata tra la parte alienante ed il Comune, impegnandosi ad addivenire all'atto pubblico entro breve tempo.

Occorre preliminarmente verificare la natura del contratto in oggetto alla luce del quadro complessivo innanzi esposto.

Orbene, tale contratto non costituisce un preliminare in senso proprio, bensì un contratto definitivo (c.d. preliminare improprio) di immediata efficacia con l'impegno, non a trasferire in seguito, ma semplicemente a riprodurre il consenso già prestato in una forma particolare (scrittura privata autenticata o atto pubblico) ai soli fini della trascrizione.

Il contratto di compravendita si è perfezionato con la prestazione del consenso e l'immobile è entrato nel rapporto tra le parti nella disponibilità giuridica oltre che nel possesso materiale della parte acquirente.

La differenza tra un contratto preliminare proprio e un contratto definitivo si vede chiaramente proprio nei contratti con efficacia reale perché nell'ipotesi di preliminare proprio, soltanto dal momento della conclusione del contratto definitivo si produrrà l'effetto principale e cioè l'acquisto del diritto reale: acquisto che si ottiene invece immediatamente nel preliminare improprio.

Il contratto corrisponde a quello che la dottrina tedesca chiama "accordi da documentare in seguito", tanto che al fine della trascrizione, laddove il consenso non fosse riprodotto in seguito nella forma notarile, non occorre, come nel preliminare, una sentenza costitutiva del contratto non concluso ex art. 2392 c.c., ma il mero accertamento giudiziale della scrittura. Tant'è che il codice civile prevede la trascrizione della domanda diretta all'accertamento con effetto trascrittivo della sentenza a partire dalla data della domanda. Principio questo affermato anche dalla giurisprudenza molisana con sentenza del TAR Molise del 3 giugno 1993 n. 118, dove si ribadisce che "Dal momento che, in sede di rilascio della concessione dell'autorizzazione edilizia, il Sindaco è tenuto ad accertare solo se la disponibilità dell'area da parte del richiedente derivi da un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà", indipendentemente dalla sussistenza di contestazioni o controversie sulla titolarità del terreno ovvero sull'esistenza di altri diritti, reali o di obbligazione di terzi. Quanto agli effetti di tale contratto in ordine alla successione dell'acquirente negli obblighi assunti dalla parte alienante nei confronti del Comune concedente, essi si trasferiscono in capo all'acquirente così come tutte le obbligazioni che riguardano il diritto reale, anche se, per evitare possibili contestazioni occorre che la parte acquirente confermi, anche in via unilaterale e ricettizia, l'assunzione degli obblighi (c.d. atto di sottomissione).

In tale caso il Comune concedente viene doppiamente garantito dell'esecuzione delle obbligazioni assunte propter rem, sia dal venditore che dall'acquirente in una sorta di accollo cumulativo non liberatorio.

Il problema si pone invece per quanto riguarda l'integrazione della convenzione di lottizzazione stipulata tra la parte alienante ed il Comune. Se essa riguarda un obbligo di fare, può essere sottoscritta dall'acquirente con contratto di cui innanzi; se essa invece riguarda un trasferimento di diritti di proprietà su aree o costituzione di diritti o servitù su di esse, che comportano la trascrivibilità di tale

atto, allora occorre preliminarmente perfezionare il contratto privato di vendita con un atto pubblico o, nel caso in cui la parte alienante si rifiuti di addivenire al definitivo, aspettare la trascrizione della sentenza di accertamento dell'acquisto della proprietà, nel rispetto del principio di continuità delle trascrizioni

## IL RAPPRESENTANTE DEL PROPRIETARIO E IL COMPROPRIETARIO DEL DIRITTO DOMINICALE

La figura più interessante da esaminare è quella del comproprietario, rilevante nell'ambito degli interventi edilizi realizzati in edifici condominiali.

La tesi predominante in dottrina e giurisprudenza è quella della legittimazione del comproprietario al rilascio del titolo autorizzativo per edificare senza ricorrere al consenso degli altri condomini, se gli interventi sulle parti comuni del fabbricato riguardano le pertinenze della sua unità immobiliare in virtù del combinato disposto degli articoli 1102 c.c. (facoltà del comunista di servirsi delle cose comuni), 1105 c.c. (concorso di tutti i condomini alla cosa comune) e 1122 c.c. (divieto al condomino di realizzare opere che danneggino le cose comuni) (Cons. St. V, 23 giugno 1997 n. 699; TAR Lombardia, Brescia, 12 maggio 2003 n. 677) e purché le opere non comportino una trasformazione estetica ed architettonica del bene comune.

(TAR Lombardia, Brescia, ord. 22 febbraio 2002; TAR Emilia Romagna, Parma, 21 maggio 2003 n. 268): Tale principio è stato espresso con riferimento alla realizzazione di un balcone (TAR Liguria, I, 24 gennaio 2002); alla installazione di una canna fumaria (Cons. St. V 23 giugno 1997 n. 699; Cassazione Civ. II, 28 agosto 1994 n. 9130).

In tutti gli altri casi, quando le opere sono fuori dall'ambito dell'art. 1102 c.c., è stato ritenuto necessario per ottenere il titolo autorizzativo, l'assenso di tutti i condomini (TAR Emilia Romagna, Parma, 21 marzo



2002 n.183).

Caso di attuale interesse in considerazione delle leggi regionali volte al recupero dei sottotetti, anche in deroga agli strumenti urbanistici, è quello riguardante le opere edilizie afferenti il piano sottotetto.

Il Cons.St., V, 9 ottobre 2003 n.6049, rifacendosi all'art.1117 c.c. ha precisato che il sottotetto si considera pertinenza esclusiva dell'appartamento sito all'ultimo piano solo se assolve la funzione di isolare e proteggere esso dal caldo, dal freddo e dall'umidità, ma non quando abbia dimensioni e caratteristiche strutturali tali da consentirne una utilizzazione autonoma, presumendosi, in tal caso, la proprietà condominiale dello stesso e, di conseguenza, il consenso di tutti i condomini al fine della legittimità di un suo recupero (Cass.Civ.II, 19 dicembre 2002 n.18.091; Cass.Civ.II, 20 giugno 2002 n.8.968).

È stato inoltre affermato, con riferimento alla capacità edificatoria di cui all'art.1127 c.c., che la facoltà di sopraelevazione o di realizzazione di un nuovo manufatto di un edificio in condominio, spetta unicamente al proprietario dell'ultimo piano ed al proprietario del lastrico solare (cons.St.V, 21 novembre 2003, n.7.530), risultando irrilevante, al fine di valutare la legittimazione soggettiva all'ottenimento del titolo, le eventuali contestazioni insorte tra i condomini, circa l'indennità di cui all'art.1127 c.c.

Poiché gli interventi urbanistici soggetti a permesso di costruire in virtù dell'art.10 della Legge 380/2001 e 31/2002 determinano una consistente trasformazione dell'immobile è evidente che, ai fini della loro assentibilità, risulta indispensabile il consenso espresso di tutti i comproprietari (Cons.St.V, 15 marzo 2001 n.1.507), che può essere dimostrato anche con una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà rilasciata dagli altri comproprietari al richiedente il titolo autorizzativo per costruire e contenente l'autorizzazione a realizzare le opere in progetto. (Cons.St.V, 20 ottobre 1995 n.1.495; TAR Liguria, I, 27 ottobre 1992 n.403).

Quanto esposto vale anche per la DIA ai sensi dell'art.22,comma 3 del T.U.citato;infatti l'art.23,comma 1 individua nel proprietario e "nell'avente titolo" il soggetto legittimato alla presentazione della denuncia di inizio attività.

## IL SUPERFICIARIO

Dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto unanimamente il superficiario pienamente legittimato all'ottenimento del titolo edificatorio.

## L'USUFRUTTUARIO

La dottrina prevalente (N.Assini-P.Mantini-O.Carparelli-A.Mandarano) afferma la sua legittimazione limitatamente agli interventi di manutenzione ordinaria,di restauro e di ristrutturazione,escludendo le nuove costruzioni,ciò argomentando dalla lettura dell'art.981 c.c. che dispone "l'usufruttuario ha il diritto di godere della cosa,ma deve rispettare la destinazione economica". Una dottrina minoritaria (F.P.Volpe) ritiene invece che l'usufruttuario può legittimamente realizzare interventi tesi ad incrementare il reddito,ivi comprese le addizioni,e ciò argomentando anche dalla norma di cui all'art.986 c.c..Conforme una parte della giurisprudenza (Cons.St.V,30 ottobre 1997 n.1.213,TAR Molise,1°settembre 1988,n.145;TAR Piemonte ,I,23 gennaio 1989 n.27) che ha affermato che"l'usufruttuario del terreno sul quale si intende erigere una costruzione edilizia è legittimato a chiedere di ottenere la concessione edilizia ai sensi dell'art.4 della legge 28 gennaio 1977 n.10".