

QUESITO:TERRENO INTERCLUSO VALIDITA' RILASCIO PERMESSO A COSTRUIRE
ALLEGATO I.PDF

RISPOSTA:

Parere relativo alle eventuali azioni da intraprendere contro il Comune che abbia rilasciato un permesso di costruire fondato su un parziale interessamento di fondo privato altrui

La fattispecie in esame attiene al rilascio da parte dell'Amministrazione Comunale di un permesso di costruire per la realizzazione di un edificio ad uso residenziale (comprensivo di una strada di accesso) in favore del richiedente, proprietario di un fondo intercluso.

Nella richiesta di parere si riferisce che il Comune – nonostante l'assenza di un titolo costitutivo del diritto di servitù di passo in favore del lotto intercluso, gravante sul fondo confinante - ha sottoscritto uno schema di convenzione con il proprietario del lotto intercluso.

Allo stato attuale, quindi, sul fondo confinante rispetto a quello del richiedente è stata realizzata una strada che consente il passaggio in favore del fondo intercluso, sia pure autorizzata dalla pubblica Amministrazione, ma, in assenza di richiesta o consenso del proprietario del lotto.

Pare addirittura che si sia realizzata su terreno altrui un'area a parcheggio.

Mi si chiede se **(a)** il Comune potesse rilasciare il permesso di costruire in oggetto; **(b)** eventuali azioni che il proprietario del fondo possa intraprendere nei confronti della Pubblica Amministrazione.

In relazione al primo quesito, vi è da osservare che, a mente dell'art. 12 secondo comma del D.p.r. 6 giugno 2001 n.380 e dell'art. 83 della Legge Regionale Toscana n.1/2005, il Comune non può rilasciare il permesso di costruire in assenza di opere di urbanizzazione o della relativa previsione a realizzarle.

Dispone, infatti, il comma 2° che, comunque, (e dunque indipendentemente dalla situazione pianificatoria) il permesso è subordinato all'esistenza di opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune all'attuazione delle stesse nel successivo triennio, contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso.

La giurisprudenza ha costantemente evidenziato come la *ratio* della previsione (già precedente, sia pure con diversa formulazione nella previgente disciplina legislativa) sia quella di assicurare che le trasformazioni edilizie si svolgano in maniera armonica rispetto allo sviluppo della zona interessate. Ne discende che il permesso di costruzione, rilasciato in mancanza delle opere di urbanizzazione (l'art. 4 847/1964, integrato e modificato dall'art.44 l.n.865/1971 e dall'art. 17 L. 67/1988, così individua le opere di urbanizzazione primaria: strade residenziali, spazi di sosta e di parcheggio, fognature, rete idrica, la rete di distribuzione di energia elettrica, pubblica illuminazione e spazi di verde attrezzato) o della loro previsione delle stesse è illegittima (*ex plurimis*: Cons. St. V, 5 dicembre 1991; Cass. Civ. V, 19 giugno 1981).

La preesistenza delle opere di urbanizzazione, peraltro, non deve essere intesa in senso formale, ma va rapportata sul piano sostanziale alla verifica della loro adeguatezza alla complessiva situazione ed alla tipologia dell'intervento.

Si consideri che – laddove si tratti di attuare le opere di urbanizzazione mediante piano attuativo - il requisito dell'adeguatezza è idoneo anche ad individuare il limite che può essere imposto al privato e che non può mai tradursi in una sorta “ *un'espropriazione larvata*” sino al punto di condizionare il rilascio del permesso ad una cessione sproporzionata.

Nel caso di specie, dunque, l'assunzione dell'impegno a realizzare la strada nell'ambito della richiesta del permesso di costruire risulta in linea con la normativa dettata in materia, per quanto riguarda l'assetto pubblicistico.

A quello che mi si riferisce, tuttavia, la realizzazione della strada è stata eseguita, in virtù di una convenzione stipulata con l'amministrazione comunale non sul fondo del richiedente, ma su di un fondo altrui.

Si tratta, a questo punto, di verificare la posizione assunta dall'Amministrazione, autorizzando l'esecuzione di opere che ledono, come si è detto, diritti di terzi.

Com'è noto, l'art. 11 D.p.r. n. 380 del 2011 ripreso integralmente dall'art. 83 della legge R.Toscana n.1/2005 prevede che *"il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per richiederlo"*.

In sostanza: la legge annovera tra i requisiti di legittimazione la proprietà o, comunque, il possesso dei titoli civilisticamente idonei a legittimare la situazione giuridica del richiedente per tutte le aree interessate dall'intervento costituisce un requisito di legittimazione dell'istanza.

Vi è da chiedersi, dunque, se il Comune possa prescindere dagli eventuali diritti di terzi, limitandosi a vagliare la mera regolarità urbanistica oppure debba tenerne conto.

Sul punto, un primo orientamento giurisprudenziale escludeva che l'amministrazione potesse compiere accertamenti circa l'esistenza di diritti soggettivi di terzi poiché, altrimenti, esercitando un sindacato circa la validità, la rilevanza giuridica di atti tra privati, cui essa è estranea, travalicherebbe la sfera delle proprie attribuzioni.

In tale ottica, il rilascio del permesso di costruire ad una vicenda attinente ad un rapporto pubblicistico che, dunque, non si estende ai rapporti tra privati, in quanto la lesione di terzi non discende dal rilascio del titolo, ma dalla realizzazione dell'opera per la quale è possibile chiedere tutela dinanzi al giudice ordinario. L'ente comunale, stando a tale orientamento, non deve scendere in questioni relative ai rapporti tra confinanti, *"per non alimentare contenziosi tra le parti"* (sul limite dell'ingerenza del Comune nei rapporti privatistici, si vedano le pronunce Tar Toscana 6640/2010 ; Tar Lazio 3153/2002).

A questo indirizzo se ne contrappone altro consacrato di recente da una pronuncia del Consiglio di Stato del 08.06.2011 n.3508 - chiamato a pronunciarsi in ordine al diniego del rilascio del permesso di costruire comportante la lesione di diritti di terzi - che in riforma della sentenza di primo grado, nella quale si ribadiva che la *"concessione edilizia è vincolata solo alla conformità alla disciplina edilizia il che esclude che in caso di intervento perfettamente conforme alle norme urbanistiche il permesso possa essere denegato sulla base di elementi estranei quali la mancanza di viabilità di accesso al lotto"* ha riconosciuto come **l'interclusione del fondo, oggetto di intervento, non attenga a generici rapporti civilistici del richiedente ma concerne un presupposto di legittimazione del richiedete, il quale avrebbe dovuto allegare all'istanza tutti i titoli.**

Rileva, dunque, il Consiglio di Stato che il difetto del possesso dei titoli reali relativi ai diritti di passaggio veicolare attraverso il cortile altrui costituisce un elemento proceduralmente ostativo, per il quale legittimamente viene negato il rilascio del permesso di costruire, la validità del quale è dunque condizionata alla esistenza delle condizioni di fruibilità e accessibilità del fondo.

Sebbene debba escludersi un obbligo per il Comune di effettuare complessi accertamenti, è, comunque, chiamato nel corso dell'istruttoria a verificare le condizioni di ammissibilità e i requisiti di legittimazione per l'adozione del provvedimento finale, tra i quali, rientrano appunto l'asserito diritto di servitù o di proprietà.

Aderendo a tale recente impostazione, può concludersi che il proprietario del fondo confinante - leso nel suo diritto dominicale per effetto dell'intervento del titolare del Permesso di Costruire - può chiedere l'annullamento del permesso di costruire medesimo (sempre ammesso che si sia nel rispetto dei termini decadenziali) e promuovere azione di risarcimento dei danni nei confronti della P.A. Il nuovo Codice sul processo amministrativo ha disciplinato espressamente

l'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Qualora ne ricorrano i presupposti può anche essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica, anziché per l'equivalente monetario; domanda che può essere proposta contestualmente a quella di annullamento dell'atto lesivo, oppure anche in via autonoma, entro un termine di decadenza di 120 giorni, decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato, ovvero dalla conoscenza del provvedimento. Nel caso in cui venga proposta azione di annullamento del P.d.C. la richiesta danni può essere avanzata fino al 120° successivo al passaggio in giudicato della sentenza (art. 30 Dlgs. 104/2010)

Non ritengo invece che la vicenda integri gli estremi di un procedimento ablativo, in quanto trattasi di una fascia di terreno per realizzare una strada a servizio di un solo lotto, e dunque, priva dei requisiti di strada pubblica.

Quanto sopra, ovviamente, prescinde dall'analisi dei rapporti interprivatistici tra confinanti che potranno comunque essere tutelati nelle forme previste dal codice civile

A disposizione per qualsivoglia chiarimento, invio i più cordiali saluti.

Avv.to Giovanni Iacomini