



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

## Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 11 ottobre 2023

**NUMERO AFFARE 00336/2023**

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dai signori Emanuela Salmaso, Marina Salmaso e Valter Barbato contro il Comune di Fiesso D'Artico, per l'annullamento dei seguenti atti: 1) provvedimento prot. n. 136/2015 dell'8 gennaio 2015 del Responsabile del Settore Tre Edilizia Privata – Urbanistica, di annullamento in autotutela del permesso di costruire formatosi per silenzio assenso sull'istanza di ampliamento di un edificio esistente con ricavo di nuova unità abitativa; 2) ogni altro atto connesso o presupposto, inclusa la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, prot. n. 9294/2014 del 30 settembre 2014.

### LA SEZIONE

Vista la relazione, prot. n.7109 del 13 marzo 2023, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Francesco Mele;

Premesso:

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica del 7 maggio 2015, proposto contro il Comune di Fiesso d'Artico, i signori Salmaso Emanuela, Salmaso Marina e Barbato Valter hanno impugnato i seguenti atti: 1) provvedimento prot. n. 136/2015 dell'8 gennaio 2015 del Responsabile del Settore Tre Edilizia Privata – Urbanistica, di annullamento in autotutela del permesso di costruire formatosi per silenzio assenso sull'istanza di ampliamento di un edificio esistente con ricavo di nuova unità abitativa; 2) ogni altro atto connesso o presupposto, inclusa la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, prot. n. 9294/2014 del 30 settembre 2014.

Ne hanno dedotto l'illegittimità e ne hanno richiesto, pertanto, l'annullamento. I ricorrenti espongono di avere richiesto, in data 11 marzo 2014, al Comune di Fiesso d'Artico, in qualità di proprietari del fabbricato in Catasto al foglio 5, mappale n. 1079, il permesso di costruire per ampliamento, da attuarsi con la realizzazione di una nuova unità abitativa, ai sensi dell'articolo 32, comma 4, delle NTA del PRG.

Aggiungono che, ottenuto il parere favorevole della Commissione edilizia, nelle more del suddetto procedimento, avevano alienato, in data 20 maggio 2014, l'edificio esistente, conservando i diritti edificatori necessari alla realizzazione dell'ampliamento in una residua porzione di terreno di mq. 345, pure rimasta in loro proprietà.

Maturato il silenzio assenso sulla predetta istanza di permesso di costruire in data 9 giugno 2014, lamentano che il Comune, con il provvedimento odiernamente impugnato, aveva annullato il permesso di costruire, ritenendo illegittimamente che con la vendita del fabbricato originario erano venuti meno i presupposti legittimanti l'ampliamento sul separato terreno.

Con il primo motivo di ricorso essi lamentano: Violazione di legge (art. 11 del DPR n. 380 del 2001) – eccesso di potere per difetto di presupposto,

travisamento degli atti, difetto di istruttoria e violazione dell'articolo 32 delle NTA del PRG – eccesso di potere per sviamento della funzione.

Deducono in primo luogo che l'avvenuta alienazione del fabbricato originario non aveva fatto venire meno la legittimazione all'ottenimento del permesso di costruire, in quanto l'articolo 32 delle NTA consentiva l'ampliamento con costruzione separata rispetto alla costruzione originaria ed essi, come si evinceva dall'atto di compravendita, non avevano affatto ceduto la cubatura necessaria alla realizzazione della nuova unità abitativa in ampliamento.

La perdurante titolarità dei diritti edificatori costituiva, infatti, titolo legittimante l'ottenimento del permesso di costruire.

Il provvedimento di annullamento adottato dal Comune sarebbe, inoltre, affetto, dal vizio di travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, in quanto non risponde a verità l'affermazione secondo cui l'atto di compravendita nulla direbbe in ordine al mantenimento, in capo ai venditori, dei diritti edificatori.

Dai contenuti di quest'ultimo, infatti, sarebbe chiaramente evincibile che la ulteriore capacità edificatoria dell'immobile originario non era stata oggetto di trasferimento.

Vi sarebbe, pertanto, anche la violazione dell'articolo 32 delle NTA, il quale consente gli ampliamenti, anche distaccati, degli edifici esistenti.

Con il secondo motivo, i signori in epigrafe lamentano: Violazione di legge (art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990) – eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione, irragionevolezza e del principio di proporzionalità.

Rilevano in proposito che l'atto impugnato manca di una adeguata motivazione in ordine all'interesse pubblico perseguito e non tiene in alcun conto degli interessi di essi ricorrenti, i quali risultano irrimediabilmente pregiudicati dall'annullamento.

Sarebbe, dunque, mancata e, comunque, non adeguatamente esternata la obbligatoria valutazione in ordine al contemperamento degli interessi

coinvolti, non risultando in proposito sufficiente il mero riferimento alla “*regolare formazione dei titoli abilitativi*”.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, acquisite le controdeduzioni del Comune di Fiesso d’Artico, ha trasmesso la prescritta relazione istruttoria, prot. n. 7109 del 13 marzo 2023.

L’Autorità referente ha espresso l’avviso che il ricorso sia, in rito, inammissibile e, nel merito, infondato.

I ricorrenti, con memoria datata 19 aprile 2023, hanno controdedotto alla relazione ministeriale, insistendo per l’accoglimento del gravame.

Con successiva nota del 14 settembre 2023, essi hanno comunicato il perdurante interesse alla decisione del ricorso.

Considerato:

Deve preliminarmente essere rigettata l’eccezione di inammissibilità (*rectius*, improcedibilità) del gravame sollevata dal Comune e condivisa dal Ministero referente, basata sulla considerazione che la normativa di Piano sulla quale si era formato il titolo edificatorio oggetto di annullamento da parte del Comune non è più in vigore in quanto, con delibera di C.C. n. 19 del 14 luglio 2021, è stata approvata una nuova variante allo strumento urbanistico generale.

Osserva in proposito il Collegio che i ricorrenti conservano comunque l’interesse alla decisione del gravame, in quanto nella specie si controverte non di un diniego di rilascio di permesso di costruire, ma della legittimità di un provvedimento di annullamento in autotutela di un titolo edificatorio già formatosi *per silentium*.

A tanto consegue che un eventuale accoglimento del ricorso, con l’annullamento dell’atto di ritiro impugnato, farebbe rivivere il permesso di costruire, sulla cui legittimità ed efficacia alcuna incidenza potrebbe avere la sopravvenuta normativa urbanistica.

Nel merito, il ricorso è meritevole di accoglimento per le ragioni che di seguito si espongono.

L'articolo 32, comma 4, delle NTA del PRG del Comune di Fiesso d'Artico, nella formulazione vigente sia alla data di presentazione della richiesta di permesso di costruire da parte dei ricorrenti (11 marzo 2014) sia alla data di avvenuta formazione del titolo abilitativo tacito per silenzio assenso (9 giugno 2014) e di adozione del provvedimento di annullamento (8 gennaio 2015), così dispone: *“Per gli edifici esistenti alla data di adozione della presente V.P.R.G. è ammesso l'ampliamento anche staccato della Superficie netta di Pavimento esistente fino ad un massimo di 220 mq. di S.n.p. compreso l'esistente, a prescindere dalle dimensioni della superficie fondiaria”*.

Dalla lettura della norma risulta evidente che la capacità edificatoria di ampliamento, essendo riferita agli *“edifici esistenti”*, concreta uno *ius aedificandi* correlato alla costruzione medesima e non anche al terreno sul quale l'ampliamento può materialmente essere realizzato.

E', pertanto, corretto il provvedimento comunale impugnato, laddove assume che la ulteriore cubatura realizzabile è espressa dall'originario immobile (da ampliare) e che, pertanto, in linea generale, la legittimazione al rilascio del titolo edificatorio in ampliamento è correlata alla disponibilità giuridica e, dunque, alla proprietà dello stesso in capo ai soggetti che richiedono il rilascio del permesso di costruire, atteso che lo *ius aedificandi* (per l'ulteriore consistenza ancora non utilizzata) costituisce facoltà insita nel diritto di proprietà della costruzione originaria.

Vi è, peraltro, che, come riconosciuto dallo stesso Comune nel provvedimento di autotutela in questa sede gravato, i diritti edificatori possono essere negoziabili separatamente dalla proprietà dell'immobile, attraverso l'istituto della cessione di cubatura ovvero, nel caso in cui sia oggetto di alienazione la costruzione originaria, trattenendo la titolarità della cubatura da parte dei venditori, i quali si limitano a trasferire agli acquirenti il solo immobile senza i diritti edificatori ad esso correlati.

Ciò premesso, la Sezione ritiene che la corretta interpretazione dell'atto di vendita immobiliare del 20 maggio 2014, rogato per notaio Dussin di Venezia,

consenta di affermare che le parti abbiano convenuto di trattenere in capo ai venditori i diritti edificatori necessari per la realizzazione, sull'attiguo mappale n. 1531 del foglio 5, della costruzione oggetto del permesso di costruire annullato dal Comune.

Il richiamato atto di compravendita, infatti, espressamente prevede che *“Gli acquirenti prendono atto che i venditori hanno presentato in data 11/3/2014 n. prot. 2539 al Comune di Fiesso d'Artico richiesta di permesso di costruire in base a progetto a firma del geom. Stefano Guzzonato, quale ampliamento sul confinante mapp. 1531 del fabbricato con quest'atto compravenduto, e a tale riguardo esprimono ogni necessario assenso in ordine a distanze, luci e vedute dell'erigendo fabbricato rispetto a quello compravenduto, e si obbligano conseguentemente a formalizzare quanto sopra anche in separati ulteriori documenti, a eventuale richiesta del Comune, il tutto – peraltro – senza alcuna spesa e onere a loro carico”*.

Osserva il Collegio che il richiamo alla richiesta di permesso di costruire e, dunque, alla volontà dei venditori di realizzare comunque, pur nella avvenuta alienazione della costruzione originaria, l'ampliamento del fabbricato, unitamente all'assenso in proposito manifestato dagli acquirenti, evidenzia che le parti hanno chiaramente convenuto che la vendita dell'edificio originario dovesse in ogni caso consentire la realizzazione del suddetto ampliamento da parte dei venditori e, di conseguenza, che la stessa fosse modulata, nei suoi contenuti, in modo da non precludere, per gli stessi, la suddetta ulteriore edificazione.

Tanto comporta, di conseguenza, che l'alienazione della costruzione originaria non ha determinato il trasferimento dei diritti edificatori necessari alla realizzazione dell'ampliamento nella attigua particella n. 1531, la cui titolarità è rimasta in capo agli odierni ricorrenti.

Non vale ad escludere tale conclusione la circostanza che l'atto di compravendita preveda che *“il suddetto immobile viene compravenduto a corpo nel suo attuale stato di fatto e di diritto, ben noto agli acquirenti, con ogni inerente accessione e pertinenza, ragione e diritto ....”*.

Difatti, tale pattuizione generale, la quale sembrerebbe includere nella vendita anche i diritti edificatori correlati, riceve in proposito una evidente limitazione dalla ulteriore precisazione, relativa alla presentazione della domanda di permesso di costruire per l'ampliamento da parte dei venditori ed al relativo assenso prestato dagli acquirenti, di cui si è innanzi detto e che trovasi collocata, nel rogito notarile, quale pattuizione successiva; quest'ultima, pertanto, si pone in tal modo in termini di precisazione e di limitazione dei contenuti della clausola generale di trasferimento dell'immobile.

D'altra parte, ove i ricorrenti avessero voluto trasferire anche i diritti edificatori necessari alla realizzazione dell'ampliamento, la suddetta precisazione alcun senso avrebbe avuto e sarebbe stata inutile, considerandosi che essi, ove avessero trasferito anche i diritti edificatori, non avrebbero in alcun modo potuto realizzare la costruzione aggiuntiva, né sarebbe stato necessario in proposito un assenso degli acquirenti, i quali avrebbero potuto, in piena autonomia, subentrare nella richiesta degli originari proprietari ovvero richiedere un nuovo titolo edificatorio a proprio nome.

Al contrario, invece, la manifestata volontà di volerla realizzare e l'assenso in proposito espresso dagli acquirenti, consentono di ritenere che i prefati diritti edificatori risultino esclusi dalla vendita, proprio per consentire ai venditori la edificazione della nuova costruzione.

La Sezione rileva, inoltre, che l'interpretazione del contratto di compravendita come sopra espressa, nel senso che i diritti edificatori necessari alla realizzazione dell'ampliamento non siano stati ceduti agli acquirenti della costruzione originaria e siano rimasti in capo agli odierni ricorrenti, trova conferma nelle norme contenute nel capo IV del libro IV del codice civile, relative all'interpretazione del contratto.

Ed, invero, in base all'articolo 1362 (*"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"*; osservandosi, altresì, che, ai sensi dell'articolo 1363 (*"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"* e che, per l'articolo 1367 ("*Conservazione del contratto*"), "*Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere un qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno*".

Risulta, pertanto, evidente che, avendo le parti nell'atto palesato la volontà di consentire comunque, da parte dei venditori, la realizzazione della costruzione in ampliamento sul mappale 1531, le stesse abbiano inteso escludere dalla vendita i diritti edificatori necessari a tale edificazione, lasciando questi, nonostante l'alienazione della costruzione originaria, nella piena e perdurante titolarità degli attuali ricorrenti.

Le considerazioni di cui innanzi rendono, pertanto, priva di pregio l'argomentazione espressa dal Comune nel provvedimento impugnato secondo la quale non vi sarebbe nell'atto di compravendita alcuna precisazione che questi "*si riservavano la predetta cubatura da spostare/edificare altrove, ragion per cui nulla può desumersi dal contratto di compravendita, in favore delle ragioni della ditta istante*".

Al contrario, invece, la corretta interpretazione del rogito del 20 maggio 2014 induce a ritenere che lo *ius aedificandi* necessario all'ampliamento non sia stato oggetto della effettuata vendita e che i relativi diritti edificatori siano rimasti nella disponibilità dei ricorrenti al fine di potere ottenere il permesso di costruire per la sua realizzazione.

Orbene, avendo i ricorrenti conservato i diritti edificatori necessari, sulla base delle previsioni dell'articolo 32 delle NTA, alla realizzazione dell'ampliamento per il quale essi avevano avanzato, in data 11 marzo 2014, domanda di rilascio del titolo abilitativo, deve ritenersi, contrariamente a quanto affermato dal Comune nel provvedimento impugnato, che il permesso di costruire si sia formato legittimamente per silenzio assenso alla data del 9 giugno 2014, anche se la costruzione originaria era stata dagli stessi venduta il 20 maggio del medesimo anno.

A tanto consegue che il provvedimento di annullamento del suddetto permesso di costruire, prot. n. 136/2015 dell'8 gennaio 2015, assunto sul presupposto che i ricorrenti *“a seguito del predetto contratto di vendita ... non erano più proprietari della porzione di immobile da ampliare e, dunque, non erano più titolari della potenzialità volumetrica espressa da quel medesimo immobile”*, è illegittimo.

Invero, il vizio di legittimità che ha fondato, da parte dell'ente locale, il ritiro del permesso di costruire nelle more silentemente formatosi, si palesa insussistente, atteso che i ricorrenti, nonostante la vendita della costruzione originaria, avevano comunque mantenuto la titolarità dei diritti edificatori necessari alla realizzazione del richiesto ampliamento e, per l'effetto, continuavano a conservare la loro legittimazione al rilascio del titolo edificatorio.

Sulla base delle argomentazioni tutte sopra svolte, pertanto, la Sezione ritiene che il ricorso straordinario sia fondato e che, pertanto, il provvedimento di annullamento in autotutela impugnato debba essere annullato in quanto illegittimo.

In conclusione, la Sezione esprime il parere che il ricorso straordinario debba essere accolto.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (cfr., *ex multis*, Cass.civ. 16-5-2012, n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

P.Q.M.

La Sezione esprime il parere che il ricorso straordinario deve essere accolto.

Francesco Mele

Paola Alba Aurora Puliatti

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio