



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4633 del 2017, proposto da Antonio Raimondo, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Coromano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nicola Corbo in Roma, viale Umberto Tupini, n. 113;

***contro***

Comune di Termoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Alberico II, n. 33;

***nei confronti***

Condominio "Comparto C"-Palazzina n. 4 di via A. De Gasperi n. 50/58 - Termoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Neri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Cristina Speranza in Roma, via Cipro, n. 77;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) n. 144/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Termoli e del Condominio "Comparto C"-Palazzina n. 4 di via A. De Gasperi n. 50/58 -Termoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2023 il Cons. Giovanni Pascuzzi e uditi per le parti gli avvocati Michele Coromano, Gaia Stivali in sostituzione dell'avv. Andrea Manzi e Claudio Neri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con ricorso del 2015 il signor Antonio Raimondo ha chiesto al Tar per il Molise l'annullamento del diniego di permesso di costruire in sanatoria del 29 maggio 2015 adottato dal Comune di Termoli ed allegata comunicazione successivamente pervenuti il 9 giugno 2015 e di tutti gli altri atti alla stessa presupposti, conseguenti e connessi.

2. Il primo giudice così ha riassunto le premesse in fatto:

- il signor Raimondo è proprietario in Termoli di un appartamento mansardato al piano sottotetto con annesso locale condonato (per cambio di destinazione da soffitta ad appartamento);
- in concomitanza con alcuni lavori di ristrutturazione del tetto da parte del condominio, egli avrebbe interpellato quest'ultimo per essere autorizzato ad ampliare il proprio terrazzo e ad aprire 4 lucernari per dare più luce al proprio immobile;
- in data 13 giugno 2013 l'assemblea prese in esame il progetto che il ricorrente sottoponeva e, con il solo voto contrario di un condomino, veniva approvato l'intervento con la precisazione "che ogni autorizzazione è fine a sé stessa";

- in data 8 aprile 2014 l'assemblea confermava di aver già approvato il progetto del sig. Raimondo, ma prescriveva che lo stesso richiedente "dovrà presentare la SCIA al Comune";
- il sig. Raimondo presentava quindi al Comune di Termoli istanza per il conseguimento del permesso di costruire per la realizzazione dei menzionati lavori di ampliamento del terrazzo di proprietà, ma, ritenendo che il provvedimento abilitativo tardasse troppo, egli procedeva all'ampliamento di mq. 11 del proprio terrazzo e all'apertura di 4 lucernari sul tetto, proponendo successivamente una richiesta di permesso di costruire in sanatoria avendo già realizzato i relativi lavori;
- in data 20 febbraio 2015, l'amministrazione del condominio, su richiesta del Comune, trasmetteva all'ente la copia di due progetti di cui uno comportante modifiche solo interne all'appartamento del signor Raimondo, segnalato dall'amministratore del condominio come l'unico approvato e l'altro recante ampliamenti al terrazzo e l'apertura di lucernari che, invece, secondo quanto rilevato dall'amministratore, il condominio non avrebbe approvato;
- sulla base della comunicazione del condominio, il Comune di Termoli, con il gravato provvedimento, negava il sollecitato provvedimento abilitativo in sanatoria sul presupposto che, secondo quanto riferito dal condominio, i lavori realizzati non fossero conformi al progetto approvato dall'assemblea, il cui accordo sarebbe stato necessario trattandosi di intervento avente ad oggetto "parti comuni e strutturali del condominio".

2.1 A sostegno dell'impugnativa il signor Raimondo formulava i seguenti motivi di ricorso.

I) Violazione ed errata applicazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990.

Il diniego impugnato è stato comunicato senza essere preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi in violazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990,

laddove siffatta comunicazione avrebbe consentito di chiarire che sussistevano tutti i requisiti per l'accoglimento dell'istanza.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; difetto di motivazione; difetto di istruttoria; difetto dei presupposti di fatto e di diritto; errore di fatto e di diritto; violazione ed errata applicazione dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001; violazione ed errata applicazione dell'art. 1102 c.c. e dell'art. 4 della legge regionale n. 25/2008; eccesso di potere per illogicità manifesta e sviamento dal fine pubblico.

Secondo il ricorrente il Comune avrebbe errato in quanto, ai sensi del citato art. 36, l'ente locale, a fronte di un'istanza di rilascio del Permesso di costruire in sanatoria, è chiamato solo a verificare la conformità urbanistica delle opere oggetto della richiesta, restando estranei a tale valutazione i rapporti privatistici tra istante e condominio. In particolare, secondo il ricorrente, sarebbe incontestata la propria legittimazione, quanto meno quale comproprietario delle parti comuni, di realizzare gli interventi oggetto di causa.

In ogni caso il provvedimento gravato non sarebbe stato preceduto da idonea istruttoria, essendosi il Comune appiattito sui rilievi del condominio senza verificarne l'attendibilità, laddove, dalla semplice lettura della data dei progetti, si sarebbe potuto accertare che il progetto effettivamente assentito all'assemblea del 13 giugno 2013 non poteva essere quello datato giugno 2014 ma solo quello del marzo 2013.

3. Nel giudizio di primo grado si è costituito il condominio "Comparto C" di via De Gasperi che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso in quanto l'atto gravato sarebbe meramente confermativo del silenzio-diniego maturato sull'istanza di sanatoria e non impugnato tempestivamente.

3.1 Nel giudizio di primo grado si è costituito anche il Comune di Termoli, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnativa

del silenzio diniego formatosi sull'istanza di rilascio del permesso in sanatoria proposta dal ricorrente ed osservando, nel merito, che il ricorrente sarebbe privo della legittimazione a chiedere la sanatoria, trattandosi di intervento avente ad oggetto un bene di proprietà condominiale.

4. Con sentenza 144/2017 il Tar per il Molise ha respinto il ricorso ritenendolo infondato nel merito.

5. Avverso la sentenza del Tar per il Molise ha proposto appello il signor Raimondo per i motivi che saranno più avanti esaminati.

6. Nel giudizio si sono costituiti il Comune di Termoli e il condominio "Comparto C" di via De Gasperi chiedendo il rigetto dell'appello.

7. All'udienza del 23 febbraio 2023 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

#### DIRITTO

1. Il primo motivo di appello è rubricato: Illegittimità della ritenuta carenza di legittimazione alla richiesta del rilascio del permesso in sanatoria da parte dell'appellante. Manifesta erroneità nella ricostruzione in fatto.

L'appellante (attingendo alle argomentazioni svolte dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 14107/2012) sostiene che la modifica operata dal signor Raimondo non necessitava di alcuna approvazione assembleare condominiale, né tantomeno – e qui è l'evidente illegittimità ed erroneità dell'atto impugnato – la pubblica Amministrazione era tenuta all'accertamento della previa autorizzazione condominiale del progetto che tutt'al più – in caso di contestazione – avrebbe dovuto trovare la sua naturale sede di definizione innanzi al Giudice ordinario civile (tenuto conto anche del fatto che la questione era alquanto controversa e non di agevole soluzione da parte dell'Amministrazione).

1.1 Il motivo è infondato.

Non è in discussione il fatto che l'appellante abbia chiesto all'Amministrazione il rilascio di un titolo edilizio (in particolare: un permesso di costruire in sanatoria; infatti si discute della legittimità del diniego dello stesso).

Conviene richiamare i poteri istruttori esercitabili dall'Amministrazione in relazione all'istanza di rilascio di un titolo edilizio. Una sintesi efficace sul punto è stata tracciata, di recente, da Consiglio di Stato, sez. IV, 11/04/2018, n. 2397:

- la P.A. ha l'onere di accertare con serietà e rigore la legittimazione a chiedere il titolo edilizio (Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2016, n. 3823), dovendo accertare che l'istante sia il proprietario dell'immobile oggetto dell'intervento costruttivo o che, comunque, ne abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria (Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2012, n. 1990);

- al riguardo, non si sono mai posti dubbi in ordine ai limiti legali, i quali, trovando applicazione generalizzata, concorrono a formare lo statuto generale dell'attività edilizia e non pongono problemi di conoscibilità all'Amministrazione che è tenuta a considerarli sempre;

- diversamente, per le limitazioni negoziali del diritto di costruire, la giurisprudenza in passato ha oscillato fra la soluzione che ne esclude ogni rilevanza, nel presupposto che all'Amministrazione sia inibito qualsiasi sindacato anche indiretto sulla validità ed efficacia dei rapporti giuridici dei privati (Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1993, n. 1341), e quella opposta che, invece, ammette che il Comune verifichi il rispetto dei limiti privatistici, purché siano immediatamente conoscibili, effettivamente e legittimamente conosciuti nonché del tutto incontestati, di guisa che il controllo si traduca in una semplice presa d'atto (Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1206);

- la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, superando l'indirizzo più risalente, è oggi allineata nel senso che l'Amministrazione, quando venga a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul diritto del richiedente il titolo

abilitativo, debba compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, senza però sostituirsi a valutazioni squisitamente civilistiche (che appartengono alla competenza del giudice ordinario), arrestandosi dal procedere solo se il richiedente non sia in grado di fornire elementi *prima facie* attendibili.

Alla luce dei principi richiamati, era preciso compito dell'Amministrazione verificare l'effettiva legittimazione dell'appellante a richiedere il titolo richiesto. L'Amministrazione comunale non poteva ignorare la posizione esplicitamente espressa dal condominio: quest'ultimo ha fatto notare che l'assemblea aveva espresso un consenso su un progetto diverso da quello poi effettivamente presentato dall'appellante in Comune. *Prima facie* queste contestazioni sono risultate attendibili: di qui il diniego legittimamente espresso.

D'altronde, la necessità del consenso del condominio è implicitamente ammessa dallo stesso appellante che quel consenso ha chiesto (salvo ora sostenere che non sia necessario).

Ma l'appellante ora sostiene che nessun consenso avrebbe dovuto chiedere al condominio e che realizzare la terrazza "a tasca" fosse nel suo pieno diritto.

Il Collegio non ignora che ancora di recente la Corte di Cassazione (Sez. VI, 13/12/2022, n. 36389) ha affermato che il condomino, proprietario del piano sottostante al tetto comune dell'edificio, può trasformarlo in terrazza di proprio uso esclusivo, ma sempre che un tale intervento dia luogo a modifiche non significative della consistenza del bene, in rapporto alla sua estensione, e sia attuato con tecniche costruttive tali da non affievolire la funzione di copertura e protezione delle sottostanti strutture svolta dal tetto preesistente, quali la coibentazione termica e la protezione del piano di calpestio di una terrazza mediante idonei materiali.

Occorre analizzare approfonditamente la portata del principio (che è tutt'altro che generalizzata).

In prima approssimazione va innanzitutto richiamato il principio generale secondo il quale il lastrico solare e il tetto sono oggetto di proprietà comune, ai sensi dell'articolo 1117 del codice civile, anche dei proprietari di locali terranei, che abbiano accesso direttamente dalla strada, in quanto costituiscono elementi necessari per la configurabilità stessa di un fabbricato diviso in porzioni individuali e svolgono una funzione di riparo e di protezione delle unità sottostanti (Cass. civile, sez. II, 06/07/2022, n. 21440).

In generale, con riferimento al rapporto tra cosa comune e bene ad uso esclusivo, la giurisprudenza in ambito condominiale, interpretando la disposizione di cui all'art. 1102 c.c., ha posto il principio che l'utilizzazione della cosa comune da parte del singolo partecipante incontra un limite interno e un limite esterno: il primo consiste nel non alterare la destinazione della cosa e non impedirne il pari uso degli altri; il secondo limite, invece, va inteso nel senso che l'uso esclusivo è precluso qualora esso implichi una lesione del diritto di un altro partecipante sul bene di sua proprietà esclusiva.

Applicando i principi generali al caso concreto, occorre sottolineare che non esiste, pertanto, un diritto assoluto di realizzare il terrazzo a tasca. Al contrario esso è soggetto a significativi limiti come ribadito dalla citata sentenza della Cassazione n. 36389/2022.

Più consoni al caso di specie (nel quale l'intervento ha dato luogo a modifiche significative che pregiudicano la funzione del tetto che non è solo quella di regimentare le acque piovane come sostenuto dall'appellante), appaiono i principi espressi:

- da Cass. civile, sez. II, 15/06/2020, n. 11490: *«Ai sensi dell'articolo 1127 c.c., costituisce sopraelevazione , soltanto l'intervento edificatorio che comporti l'occupazione della*

*colonna d'aria soprastante il fabbricato condominiale. Ove, invece, il proprietario dell'ultimo piano abbatta parte della falda del tetto e della muratura per la costruzione di una terrazza, con destinazione ad uso esclusivo, si tratta di modifica integra una utilizzazione non consentita delle cose comuni e, dunque, una innovazione vietata, giacché le trasformazioni strutturali realizzate determinano l'appropriazione definitiva di cose comuni alla proprietà individuale, con conseguente lesione dei diritti degli altri condomini»;*

- e da Cass. civile, sez. II, 11/09/2017, n. 21049: *«Il consenso all'alterazione della struttura del tetto di un edificio condominiale, mediante la creazione di una terrazza "a tasca", a servizio di un appartamento di proprietà esclusiva, deve essere espresso con un atto avente la forma scritta ad substantiam, trattandosi di consenso alla realizzazione di un'innovazione sulla cosa comune».*

In conclusione:

- l'appellante doveva ottenere il consenso del condominio per realizzare la terrazza (come, in effetti ha cercato di fare);
- correttamente l'Amministrazione ha verificato se, *prima facie*, tale consenso del condominio era stato espresso nelle forme dovute.

Nella specie il Comune ha verificato la discrasia tra il progetto presentato e quello su cui era stato ottenuto il consenso. Tale constatazione è sufficiente a legittimare il provvedimento di diniego.

Quanto appena detto toglie fondamento alla tesi sostenuta dall'appellante nella seconda parte del primo motivo di appello, ovvero che il Comune doveva limitarsi a prendere atto che un consenso del condominio comunque c'era stato. Come detto, il Comune deve verificare la legittimazione a richiedere il titolo. E se manca il consenso del condominio sul progetto effettivamente presentato è evidente che tale legittimazione non c'è.

Nella specie, comunque, il taglio del tetto non poteva considerarsi come un intervento che dà "luogo a modifiche non significative della consistenza del bene".

2. Il secondo motivo d'appello è rubricato: Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/90; difetto di motivazione e di istruttoria; illogicità manifesta per travisamento dei fatti.

L'appellante sostiene che:

- il Comune si è limitato ad acquisire il parere dell'amministratore di condominio senza svolgere ulteriore istruttoria;
- il Comune non ha effettuato alcuna valutazione nel merito della c.d. doppia conformità della richiesta di sanatoria. L'Amministrazione ben avrebbe dovuto svolgere una valutazione eminentemente doverosa e vincolata, priva di contenuti discrezionali e relativa alla realizzazione di un assetto di interessi già prefigurato dalla normativa urbanistica applicabile *ratione temporis*, di modo che il provvedimento di permesso in sanatoria avrebbe assunto una connotazione oggettiva e vincolata, non appiattita su dichiarazioni di soggetti privati terzi.

2.1 Il motivo è infondato alla luce di quanto esposto in precedenza a proposito dei poteri istruttori esercitabili dall'Amministrazione in relazione all'istanza di rilascio di un titolo edilizio.

Il Comune doveva verificare se l'appellante aveva ottenuto il consenso del condominio e la verifica si è risolta con esito negativo.

La mancanza di legittimazione alla richiesta del titolo edilizio (che l'assenza di consenso del condominio comporta) preclude la possibilità di compiere passi ulteriori, come valutare la doppia conformità, come asserito dall'appellante.

3. Il terzo motivo di appello è rubricato: Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 36 del d.p.r. 380/01.

Secondo l'appellante, nel caso di specie, l'indagine amministrativa si è spinta in una direzione che le sarebbe dovuta essere preclusa per due ordini di ragioni: la prima è che – per tutto quanto meglio riferito sub I al presente ricorso – l'appellante Raimondo ben avrebbe potuto apportare le modifiche al terrazzo anche senza la

previa autorizzazione degli altri condomini che, comunque, è stata rilasciata come asseverato nel verbale del 13 giugno 2013; la seconda è che gli eventuali limiti alla proposizione della richiesta in capo al Raimondo non erano facilmente conoscibili e delineabili. Essi, al contrario, avrebbero necessitato di una ben più approfondita disamina ed istruttoria, tipica di un giudizio di accertamento di natura civilistica.

3.1 Anche questo motivo è infondato alla luce di quanto esposto in precedenza a proposito dei poteri istruttori esercitabili dall'Amministrazione in relazione all'istanza di rilascio di un titolo edilizio.

Come detto:

- l'appellante non aveva diritto ad apportare le modifiche al terrazzo anche senza la previa autorizzazione degli altri condomini;
- l'Amministrazione *prima facie* ha verificato che esisteva discrasia tra il progetto presentato e quello su cui era stato ottenuto il consenso del condominio. Questo mera circostanza privava l'appellante della possibilità di ottenere il rilascio del titolo.

4. Il quarto motivo di ricorso è rubricato: Violazione e falsa applicazione dell'art. 10-*bis* della legge 241/1990.

L'appellante sostiene che il provvedimento di diniego impugnato sarebbe illegittimo in quanto esso non è stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui al citato art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990

4.1 Il motivo è infondato.

Alla luce della natura vincolata del potere amministrativo esercitato dall'Amministrazione nel rilascio del permesso di costruire, sostanziandosi esso in un esame di conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia della zona, l'eventuale vizio procedimentale derivante dal mancato preavviso di diniego è superabile in ragione dell'applicabilità al caso di specie dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 (Cons. Stato, sez. IV, 20/10/2022, n. 8943).

5. Il quinto motivo di appello è rubricato: Violazione e falsa applicazione dell'art. 1102 c.c. e dell'art. 4 della legge regionale n. 25 del 2008.

L'appellante sostiene che:

- l'intervento riguardava una porzione di tetto comune irrisoria;
- a detta copertura del fabbricato allo stato il condominio è privato dell'accesso, non avendo a sua disposizione neppure una botola ispettiva ed estendendosi la superficie totale di tetto che sovrasta l'appartamento del sig. Raimondo per circa 200 mq (di complessivi 400 mq circa);
- unica funzione della cosa comune è quella di regimentare le acque meteoriche ed essa funzione non è modificata dall'intervento del Raimondo che è stato eseguito secondo le regole d'arte;
- ci sarebbe anche la violazione e falsa applicazione della legge regionale del Molise del 18 luglio 2008, n. 25 recante "Interventi per il recupero dei sottotetti, dei locali interrati e seminterrati dei porticati" la quale, all'articolo 4, comma 3, prevede che: "É consentita, ai fini dell'osservanza dei requisiti di aerazione e di illuminazione dei sottotetti, la realizzazione di finestre, lucernari, abbaini e terrazzi, nel rispetto dei diritti dei terzi";
- i lucernari aggiuntivi e l'ampliamento del quarto non sono stati più realizzati;
- il Comune di Termoli avrebbe dovuto rilasciare il permesso di costruire con salvezza dei diritti dei terzi, in conformità con gli art. 36 ed 11 del d.p.r. 380/01.

5.1 Il motivo è infondato.

Esso ripropone sotto altra forma doglianze già formulate e già dichiarate infondate.

Nessun rilievo ha il richiamo alla legge regionale che espressamente fa salvi i diritti dei terzi, proprio quelli che nella specie non sono stati rispettati.

6. Il sesto motivo di appello è rubricato: Eccesso di potere per sviamento della causa tipica.

L'appellante sostiene che:

- l'Amministrazione ha fatto uso dello strumento del permesso a costruire in sanatoria di cui all'art. 36 del d.p.r. n. 380 del 2001 per dirimere una controversia privatistica tra un condomino e l'amministratore del condominio;
- il Comune di Termoli si sarebbe dovuto attenere alla sola valutazione urbanistica ed edile dell'istanza (poiché, per quanto prospettato, non era necessaria alcuna autorizzazione condominiale per il terrazzo a tasca, peraltro già esistente);
- la valutazione della controversia privatistica necessitava tutt'al più di un accertamento rigoroso che avrebbe potuto trovare idonea soluzione solamente innanzi al Giudice ordinario competente.

6.1 Il motivo è infondato.

Esso ripropone sotto altra forma doglianze già dedotte e dichiarate infondate.

7. L'appellante formula quindi la richiesta di risarcimento danni in forma specifica e, in via subordinata, per equivalente, di quelli subiti e subendi – da quantificarsi nel corso del giudizio - per effetto della illegittimità dei provvedimenti impugnati e per il comportamento gravemente negligente dell'Amministrazione.

7.1 La richiesta è infondata.

Non esistono gli estremi per affermare una responsabilità dell'Amministrazione vista la legittimità del provvedimento impugnato.

In ogni caso il divieto dei *nova*, sancito dall' art. 104, comma 1, c.p.a., esclude che possano essere introdotti, per la prima volta nel giudizio di secondo grado, profili di doglianze, in fatto e diritto, ulteriori rispetto a quelli che, proposti con atti ritualmente notificati, hanno delimitato il perimetro del *thema decidendum* in prime cure (Cons. Stato, sez. V, 04/11/2022, n. 9691).

8. Il rigetto dell'appello nel merito rende superfluo l'esame dell'eccezione sollevata dal Comune di l'inammissibilità e improcedibilità del ricorso di primo grado per

mancata impugnazione di atti presupposti, quale l'ordinanza di demolizione n. 261/2014 e il silenzio formatosi sull'istanza di sanatoria.

9. Per le ragioni esposte l'appello deve essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Pascuzzi**

**IL PRESIDENTE**  
**Carmine Volpe**

**IL SEGRETARIO**