Pubblicato il 12/02/2021

**N. 01294/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 08047/2012 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8047 del 2012, proposto dal signor Dario Montevidoni, rappresentato e difeso dagli avvocati Giacomo Maria Perri e Aldo Ariozzi, elettivamente domiciliato presso lo studio dell’avvocato Luigi Medugno in Roma, alla via Panama, n. 58

***contro***

il Comune di Civitanova Marche, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, non costituitosi in giudizio

***nei confronti***

del signor Daniele Michetti, rappresentato e difeso dall’avvocato Francesco Oliveti, elettivamente domiciliato presso il suo studio, in Roma, via Cunfida, n. 20

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per le Marche, n. 464 del 22 giugno 2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del signor Daniele Michetti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020 (tenuta ai sensi dell’art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27, come modificato dall’art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70) il consigliere Giovanni Sabbato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 699/2011, proposto innanzi al T.a.r. per le Marche, il signor Dario Montevidoni aveva chiesto l’annullamento della denuncia di inizio attività, presentata dal signor Daniele Michetti al Comune di Civitanova Marche il 7 giugno 2010, relativa alla realizzazione di un “*lastrico solare di mq. 100 circa*” al settimo piano di un edificio condominiale.

2. A sostegno dell’impugnativa il ricorrente, condomino di detto fabbricato, aveva dedotto la mancanza del consenso unanime dei condomini, in quanto i lavori in argomento interesserebbero una parte comune dell’edificio ed a tale mancanza non potrebbe sopperire l’autorizzazione dell’amministratore siccome non legittimato in tal senso, nonché l’inutilizzabilità del regime della d.i.a. per l’incidenza dei lavori ivi descritti sull’assetto complessivo del fabbricato.

3. Costituitosi il controinteressato, il Tribunale amministrativo, dopo aver accolto la domanda cautelare (ordinanza n. 493/2011), ha respinto il ricorso ed ha compensato le spese di lite.

4. In particolare, il T.a.r., avendo premesso che “*il Comune è tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti di legge che abilitano il richiedente a presentare la domanda di rilascio del permesso di costruire o la D.I.A. nei soli limiti dell’apparenza del diritto*”, ha ritenuto che gli elementi offerti dal dichiarante erano adeguatamente significativi nel senso della sua legittimazione in considerazione di quanto risulta anche dal certificato catastale, dalla nota dell’amministratore e dal contratto di compravendita.

5. Avverso tale pronuncia il signor Montevidoni ha interposto appello, notificato il 31 ottobre 2012 e depositato l’8 novembre 2012, lamentando, attraverso quattro motivi di gravame (pagine 4-20) coi quali ha riproposto i motivi di primo grado siccome ritenuti non adeguatamente scrutinati, quanto di seguito sintetizzato:

I) dopo aver argomentato la sussistenza del profilo d’interesse sotteso all’appello, nel senso che esso mira a paralizzare la domanda risarcitoria avanzata da controparte in sede civile per i danni lamentati a seguito della sospensione dei lavori disposta dal T.a.r. in sede cautelare, lamenta l’erroneità della sentenza in quanto l’intervento verte su parti del fabbricato senz’altro condominiali consistendo nel tetto a falda spiovente e nel sottotetto non accessibile costituente camera d’aria a servizio del piano sottostante (ove è collocato l’appartamento dell’appellante); il T.a.r. non si sarebbe avveduto che la d.i.a. presentata dall’appellante non era accompagnata (né poteva esserlo) da alcun certificato catastale e che le suddette parti del fabbricato sono sempre state considerate condominiali anche da parte della ditta costruttrice dante causa dell’appellato;

II) l’erroneità della sentenza si deve anche al fatto che il T.a.r. avrebbe preso a fondamento della sua decisione non la documentazione allegata alla d.i.a. presentata da controparte bensì i documenti successivamente acquisiti in giudizio e segnatamente il rogito d’acquisto e la nota dell’amministratore peraltro privo di competenza in ordine ad atti di disposizione di beni comuni;

III) si ripropone, in via subordinata, la domanda di accertamento negativo dei presupposti per lo svolgimento dell’attività edilizia oggetto di d.i.a.;

IV) il T.a.r. avrebbe erroneamente respinto anche la censura relativa alla soggezione dell’intervento, per la sua particolare consistenza, al più gravoso regime del permesso di costruire.

6. L’appellante ha concluso chiedendo, in riforma dell’impugnata sentenza, l’accoglimento del ricorso di primo grado e quindi l’annullamento degli atti con lo stesso impugnati.

7. In data 17 dicembre 2012 il signor Daniele Michetti si è costituito in giudizio con memoria di controdeduzioni, anche al fine di eccepire l’inammissibilità delle censure nuove, siccome articolate per la prima volta in questa sede d’appello, e concludendo per il rigetto del gravame in uno ad ogni istanza avanzata da controparte.

8. Il Comune di Civitanova Marche, sebbene ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

9. In vista della trattazione nel merito del ricorso, parte appellante – dopo aver depositato documentazione relativa alla conclusione del parallelo giudizio civile con la sentenza n. 787/2020 del 24 luglio 2020 della Corte d’Appello di Ancona – che: i) ha accolto la domanda riconvenzionale dell’odierno appellante; ii) ha dichiarato la natura condominiale della porzione di tetto interessata dai lavori; iii) ha ordinato all’appellato Michetti di rimettere in pristino i luoghi – ha prodotto in atti memoria conclusionale e note d’udienza ai sensi del d.l. n.28/2020 e del d.l. n.137/2020 insistendo per l’accoglimento dell’appello.

10. La causa, chiamata per la discussione alla udienza pubblica svoltasi con modalità telematica del 15 dicembre 2020, è stata ivi trattenuta in decisione.

11. L’appello è fondato.

11.1 Come esposto in narrativa, le deduzioni di parte appellante sollevate coi primi due motivi, suscettibili per il loro tenore di trattazione congiunta, avversano la pronuncia del T.a.r. per avere erroneamente respinto il ricorso di primo grado ritenendo infondate le censure ivi articolate, con le quali, in particolare, si lamentava il difetto di legittimazione per la natura condominiale dell’area oggetto d’intervento e la mancata riconduzione delle opere al più gravoso regime del permesso di costruire in luogo della d.i.a.

Assume quindi rilievo preliminare ed assorbente la disamina delle deduzioni sollevate con riferimento al profilo della legittimazione della parte appellata alla realizzazione dell’intervento che è consistito nella trasformazione di una falda inclinata del tetto in terrazzo a livello prospiciente la propria abitazione. La questione sollevata dalle parti attiene al se l’area oggetto d’intervento sia o meno da intendersi di spettanza condominiale.

Orbene poiché trattasi di una porzione del tetto di copertura del fabbricato e non di lastrico solare (che la ditta Morri si era riservata di trasferire a terzi) è proprio il criterio dell’apparenza del diritto valorizzato dal T.a.r. (§ 6) che depone nel senso dell’insussistenza della legittimazione in capo al presentatore della d.i.a. Il tetto a falde inclinate, infatti, svolge una funzione di copertura e di protezione dell’intero fabbricato condominiale senza essere praticabile e rientra, per espressa previsione normativa, nel novero delle parti comuni dello stesso “*se non risulta il contrario dal titolo*” (cfr. art. 1117, comma 1, n. 1 codice civile). Va da subito osservato che a nulla rileva l’accettazione condominiale per il tramite dell’amministratore in mancanza di un’assemblea totalitaria, unica legittimata a disporre delle parti comuni del fabbricato (art. 1108, comma 3, c.c.).

Non possono quindi condividersi le argomentazioni spese dal T.a.r. a sostegno delle statuizioni reiettive recate dalla sentenza, in quanto:

- non può condividersi l’affermazione secondo cui al giudice amministrativo non è mai dato occuparsi di questioni proprietarie, in quanto, al contrario, può svolgere un accertamento incidentale (senza forza di giudicato) su questioni relative a diritti (art. 8 c.p.a.);

- questo Consiglio ha avuto modo di evidenziare, infatti, che “*ai sensi dell’art. 8 c.p.a. il giudice amministrativo può accertare, in via incidentale, la sussistenza o non di un diritto soggettivo, ai limitati fini della soluzione della vertenza ad esso demandata in via principale, senza sconfinare nella tutela dei diritti riservata all’Autorità giudiziaria ordinaria, limitandosi a svolgere accertamenti ed eventuali valutazioni critiche sulle situazioni giuridiche quali appaiono dai fatti e dagli atti potendo, per quanto riguarda le proprietà immobiliari, soltanto una sentenza civile accertare l’avvenuta usucapione ventennale o decennale*” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2014, n. 1883);

- non può condividersi l’affermazione secondo cui il Comune, nell’assentire una d.i.a., non avrebbe alcun onere di verificare se il richiedente sia titolato (e, in particolare, se sia proprietario del bene sul quale si intende intervenire);

- allo stesso modo, nemmeno può condividersi la tesi secondo cui la p.A., a tal fine, dovrebbe arrestarsi di fronte alla sola prospettazione di chi si qualifichi proprietario con apposita autodichiarazione (che appunto si rinviene nella denuncia edilizia presentata dall’appellato);

- se è vero infatti che la pubblica Amministrazione non è tenuta a svolgere una preliminare indagine istruttoria che si estenda fino alla ricerca d’ufficio di eventuali elementi limitativi, preclusivi o estintivi del titolo di disponibilità allegato dal richiedente un titolo edilizio è vero anche che “*il Comune ha sempre l’onere di verificare la legittimazione del richiedente, accertando se egli sia il proprietario dell’immobile oggetto dell’intervento costruttivo o se, comunque, abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l’attività edificatoria*” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2020, n.865);

- ancorché la d.i.a., quale atto del privato piuttosto che titolo edilizio rilasciato dall’Amministrazione, presenti caratteristiche del tutto peculiari, questo non deve indurre a trascurare la necessità che anche in questo caso la documentazione presentata dall’interessato sia tale da corroborare la propria legittimazione alla realizzazione del progettato intervento edilizio, tant’è che l’art. 23, comma 1 d.p.r. n. 380/2001, discorre quale soggetto legittimato alla presentazione della d.i.a., alla stessa stregua dell’art. 11 per il permesso di costruire, di “*proprietario dell’immobile o chi abbia titolo*”;

- nel caso in esame (e nei limiti della *cognitio* incidentale su diritti) deve quindi ribadirsi che il tetto a falda inclinata interessato dall’intervento rientra tra le parti condominiali (art. 1117, comma 1, n.1) a meno che non risulti diversamente da un titolo negoziale;

- il rogito d’acquisto esibito dall’appellato, del 22 giugno 2009, non reca alcun riferimento al tetto, ma soltanto ai “*lastrici solari dell’edificio*”, tanto più che il titolo di acquisto dell’appartamento al piano sesto in capo all’appellante, del 12 luglio 1986, non contiene alcuna riserva in favore del venditore in ordine alla proprietà del tetto;

- in particolare, il rogito in favore dell’odierno appellato riporta la seguente dicitura: “*Al riguardo le parti convengono e dichiarano che il presente trasferimento a favore di MICHETTI Daniele comprende anche le porzioni dei lastrici solari di copertura dell’edificio, che circondano detta unità immobiliare sui lati est, sud e ovest, che vengono accettati nello stato attuale con possibilità di realizzazione di balconi per una larghezza di ml 2,50 dai muri perimetrali come da accettazione condominiale del 29/04/2009 rilasciata dall’amministratore del condominio*”;

- l’intervento edilizio descritto in atti comporta però la demolizione della falda inclinata del tetto esistente con la seguente emersione del solaio sottostante, che pertanto non può essere qualificato come lastrico solare palesandosi quale elemento interno alla struttura del fabbricato;

- non rileva il fatto che l’intervento fosse stato autorizzato dall’amministratore in quanto, come sopra osservato, in assenza dell’unanimità dei consensi dei condòmini, non ha il potere di autorizzare la trasformazione di beni comuni come i tetti;

- non risulta in atti che i condomini abbiano espresso il proprio unanime consenso al trasferimento di tali parti condominiali al signor Michetti, risultando anzi il contrario dal verbale assembleare del 15 gennaio 2011, ove peraltro si legge che “*per la ristrutturazione della copertura del tetto, il condomino Murri, costruttore del palazzo e proprietario del super attico, ha pagato i costi per tale ristrutturazione in quote millesimali (Super Condominio) e non nella suddivisione di 1/3 e 2/3 come previsto dall’art. 1126 c.c. per i lastrici solari di uso esclusivo; non vantando in tale circostanza, quanto evidenziato nell’atto di vendita originario degli appartamenti, dove il costruttore si riserva la proprietà dei lastrici solari (Art. 1126 c.c.)*”;

- lo stesso appellato signor Michetti, nella sua missiva del 28 aprile 2011, discorre della “[…] *regolare Assemblea di condominio del 10 Settembre 2010 con la quale la stessa assemblea esprimeva a maggioranza*(e quindi non all’unanimità, nde) *dei presenti parere favorevole* […]”;

- nemmeno rileva la certificazione catastale valorizzata dal T.a.r. (§ 10), già solo per il fatto che essa risale a data (13 aprile 2011) successiva alla presentazione della d.i.a. (del 7 giugno 2010);

- va infatti confermato anche in questa sede che “*la legittimità di un atto amministrativo va accertata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del tempus regit actum*” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711) cosicché non possono sorreggere l’invocato scrutinio quei mutamenti intervenuti successivamente alla piattaforma giuridica e fattuale su cui si fonda l’atto oggetto di impugnativa;

- per giunta non è dato inferire l’accatastamento di questa parte dell’immobile sulla base del semplice aumento dei vani (1,5 vani in più rispetto a quanto riferito nel contratto di compravendita);

- per quanto attiene a tale profilo della vicenda, fermo restando che l’accatastamento non ha valore probatorio della proprietà in quanto ha funzione di catalogazione a fini censuari e fiscali, occorre evidenziare che il rogito d’acquisto del 22 giugno 2009 riporta l’impegno della ditta venditrice “*a fare tutto quanto dovesse occorrere al fine di identificare catastalmente la porzione di lastrico solare oggi trasferita e di consentire l’intestazione formale in capo al sig. MICHETTI Daniele*”;

- risulta quindi *per tabulas* che, al momento dell’acquisto, la parte del fabbricato in oggetto non era accatastata e questo è ulteriore indice significativo della sua riconducibilità alle parti comuni, in quanto tali non censibili.

11.2 La rilevata mancanza, in capo all’appellato, della legittimazione alla presentazione della d.i.a. comporta l’assorbimento di ogni altra deduzione sollevata coi primi due motivi d’appello ed in particolare di quella con la quale si lamenta l’incidenza dell’intervento sul sottotetto non praticabile soprastante l’immobile dell’appellante e che sarebbe posto a servizio del suo appartamento; è dato così anche prescindere dall’eccezione d’inammissibilità, per violazione dell’art. 104 c.p.a., sollevata da parte appellata in ordine a tale specifica deduzione.

11.3 Va reputata assorbita anche la domanda di accertamento negativo, peraltro espressamente riproposta solo in via subordinata rispetto alle deduzioni di cui ai primi due motivi d’appello, nonché quanto ulteriormente dedotto (col quarto motivo) in ordine alla soggezione dell’intervento al meno favorevole regime del permesso di costruire.

12. In conclusione, l’appello è fondato e deve essere accolto cosicché, in riforma dell’impugnata sentenza, il ricorso di primo grado deve essere accolto e l’atto ivi impugnato annullato.

13. Le spese del doppio grado di giudizio, regolamentate secondo il criterio della soccombenza, sono liquidate nella misura stabilita in dispositivo secondo i parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 8047/2012), lo accoglie e, per l’effetto, in riforma dell’impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado n. 699/2011 ed annulla la d.i.a. ivi impugnata.

Condanna l’appellato signor Michetti alla rifusione, in favore dell’appellante, delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%) se dovuti.

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

Così deciso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato, con sede in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 15 dicembre 2020, convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giovanni Sabbato, Consigliere, Estensore

Francesco Frigida, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Giovanni Sabbato** |  | **Claudio Contessa** |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO