

Pubblicato il 22/09/2025

N. 07450/2025REG.PROV.COLL.

N. 0****/2022 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale **** del 2022, proposto dal signor ****
****, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Ricciardelli, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio **** in
****, viale **** ****;

contro

Comune di ****, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Francesco Maria Caianiello, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione
sesta) n. 03466/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di ****;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, c.p.a.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 17 settembre 2025 il Cons. Carmelina Addesso e udito per l'appellante l'avvocato Luigi Ricciardelli;

Vista l'istanza di passaggio in decisione senza discussione depositata dal difensore del Comune appellato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del giudizio è il provvedimento prot. n. **** del 5 agosto 2020, avente ad oggetto il diniego definitivo di permesso di costruire in sanatoria di cui all'istanza prot. n. **** del 9 aprile 2018.

2. I fatti rilevanti al fine del decidere, come emergenti dagli scritti difensivi e dalla documentazione in atti, sono di seguito riassunti:

-il signor **** **** è proprietario dell'unità immobiliare ad uso abitativo (mansarda) sita al 4° piano del fabbricato B, facente parte del complesso edilizio “****” nel Comune di ****, nonché proprietario esclusivo della terrazza al livello sovrastante gli appartamenti del terzo piano, interni 7 e 8;

-in data 9 aprile 2018 ha chiesto la sanatoria ex art. 36 d.P.R. 380/2001 di un modesto ampliamento della mansarda, pari a 197,60 mc. Nella domanda il richiedente specificava che: a) l'intervento ricade su un'area di proprietà esclusiva (lastrico di copertura) facente parte di un lotto totalmente edificato; b) il volume utilizzato per l'originaria costruzione è di mc. 2,88 a fronte di un indice di densità fondiaria pari a 3,00 mc/mq; c) l'abuso può essere sanato ai sensi dell'art. 36 d.P.R. n. 380/2001 cit. sussistendo la condizione della c.d. doppia conformità;

-con nota prot. **** del 9 maggio 2019 il Comune invitava l'interessato a produrre “*copia dell'atto di cessione della cubatura da parte degli altri condomini?*”;

- il ricorrente ed alcuni condomini stipulavano l'atto di assenso rep. n. **** del 7 novembre 2019 con cui asservivano a favore del Comune la “*cubatura di supero*”

dell'attuale costruzione” di loro pertinenza, pari a 195,80 mq, “*per consentire al **** di ottenere il permesso in sanatoria richiesto*”;

-con nota prot. **** del 6 maggio 2020 il Comune comunicava i seguenti motivi ostativi al rilascio della sanatoria: a) trattasi di intervento che ha comportato un incremento volumetrico in relazione al quale il richiedente non è titolare di diritti esclusivi; b) non è stata dimostrata la cessione di cubatura da parte di tutti gli altri condomini;

-con nota prot. **** del 5 agosto 2020 l'amministrazione negava definitivamente la sanatoria rilevando che: a) non è ammissibile fruire della volumetria di una pluralità di soggetti aventi titolo sul medesimo immobile per scopi riconducibili ad un solo condomino; b) l'istanza di utilizzo delle volumetrie residuali derivanti dall'edificazione deve essere sottoscritta da tutti i condomini e soltanto per la realizzazione di un bene a servizio della pluralità; c) la comunione di un bene fra due soggetti non è una comproprietà in cui ciascun partecipante è titolare di una quota del bene. Si tratta di un istituto particolare senza quote. In sostanza si può solo dire che tutti i soggetti sono comproprietari dell'intero bene.

3. L'interessato impugnava il sopra richiamato diniego con ricorso al T.a.r. per la Campania, Napoli, che, con sentenza n. 3466 del 20 maggio 2022, lo respingeva rilevando, in sintesi, che: a) l'intervento proposto corrispondeva ad una volumetria di 197,60 mc., non coperto dalla volumetria residua, attualmente a disposizione del richiedente, sicché era inevitabile addivenire all'atto di cessione di cubatura da parte di tutti i condomini; b) la cubatura oggetto dell'atto di cessione (mc. 195,80) risulta - sia pure di poco - inferiore a quella di mc. 197,60 oggetto dell'istanza di sanatoria; c) l'indicazione di una volumetria da sanare pari a mc 197,60 non è il frutto di un mero errore materiale; c) parte ricorrente non ha offerto alcuna prova dello sviamento di potere lamentato, sì come riferito ad una “scelta preconcelta”.

4. Il signor **** ha interposto appello, articolando i seguenti motivi di gravame:

I. *Sussistenza della c.d. doppia conformità urbanistica.*

II. *Disponibilità della cubatura necessaria alla sanatoria – Errore di fatto – Violazione dell'art. 34 D.P.R. n. 380/2001.*

III. *Illegittimità della sentenza per rigetto del terzo motivo.*

IV. *Illegittimità dell'impugnato diniego – Riproposizione del secondo motivo di ricorso.*

5. Si è costituito in giudizio il Comune di **** che ha resistito al gravame.

6. In vista dell'udienza di trattazione entrambe le parti hanno depositato memorie.

7. All'udienza di smaltimento del 17 settembre 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello è fondato.

9. Con il primo e il secondo motivo di appello, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto tra loro connessi, l'appellante censura il capo della sentenza che ha respinto il secondo motivo di ricorso relativo alla violazione degli artt. 1127 e 832 cod. civ. e all'art. 36 d.P.R. n. 380/2001. Deduce che, contrariamente a quanto ritenuto sia dall'amministrazione che dal T.a.r., non aveva la necessità di acquisire cubatura dagli altri condomini poiché, in qualità di proprietario del lastrico di copertura, era titolare di un diritto potestativo di sopraelevazione e che, in ogni caso, con l'atto notarile stipulato, aveva acquisito il consenso all'utilizzo della quota millesimale della volumetria residua ai fini della sopraelevazione.

Del pari non condivisibile sarebbe, ad avviso dell'appellante, il capo della sentenza che ha escluso l'errore materiale in cui è incorso il tecnico di parte nella relazione allegata all'istanza di sanatoria, ove la volumetria dell'intervento viene indicata in 197,64 mc, anziché in 179,64 mc.

10. I motivi sono fondati.

11. L'art. 1127 c.c. riconosce ai proprietari dell'ultimo piano e del lastrico solare il diritto di sopraelevazione, con l'unico limite della salvaguardia delle condizioni statiche dell'edificio e salva la corresponsione di un'indennità agli altri condomini, pari al valore attuale dell'area da occuparsi con la nuova fabbrica.

12. Come chiarito dalla giurisprudenza, l'art. 1127 c.c. consente sia la realizzazione di nuove costruzioni nell'area sovrastante il fabbricato sia la trasformazione di locali preesistenti mediante l'incremento delle superfici e delle volumetrie, seppur indipendentemente dall'aumento dell'altezza del fabbricato (Cass. civ. II 11 maggio 2023 n. 12795; Cass., Sez. Un., 30 luglio 2007 n. 16794).

13. Il diritto di sopraelevazione è, quindi, un diritto potestativo di fonte legale, avente ad oggetto la realizzazione di opere che incrementano la superficie e la volumetria del fabbricato esistente.

14. Sul piano urbanistico ed edilizio, l'intervento, per essere assentito anche in sanatoria, non può eccedere la cubatura disponibile del fabbricato da sopraelevare.

15. Nel caso di specie, è pacifico che la volumetria utilizzata dall'abusivo ampliamento è inferiore a quella residua utilizzabile.

16. Quanto sopra è stato puntualmente evidenziato nella domanda di sanatoria, ove l'interessato ha precisato: a) di essere proprietario esclusivo del lastrico di copertura, come confermato dall'atto di compravendita rep. n. **** del 1 agosto 2001, versato in atti; b) che il lotto di intervento, costituito dall'unica particella catastale n. 5306, è totalmente edificato; c) che il volume utilizzato per l'originaria costruzione è di mc. 2,88 per mq. a fronte di un indice di densità fondiaria pari a 3,00 mc/mq, con conseguente volumetria residua utilizzabile pari 712 mc.;

17. Il Comune non ha contestato né la titolarità del diritto di sopraelevazione in capo all'istante né l'idoneità della volumetria residua del fabbricato a consentire l'intervento da sanare, negando la sanatoria esclusivamente per la mancata cessione

della cubatura da parte di tutti i condomini e perché la cubatura ceduta avrebbe dovuto essere utilizzata esclusivamente per la realizzazione di bene condominiale.

18. I motivi di diniego sono privi di giuridico fondamento.

19. La cessione di cubatura riguarda fondi contigui, anche se derivanti da frazionamento, e non unità abitative di un unico fabbricato condominiale.

20. Con la cessione di cubatura il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo.

21. Si tratta di un atto immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale che non richiede la forma scritta *ad substantiam* ex art 1350 c.c. ed è trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 n. 2 bis c.c. (Cass, sez. trib., 04/01/2025, n.103, Cass. sez. unite n. 16080/2021).

22. Esso non è in alcun modo assimilabile all'assenso prestato dal singolo condomino, nei limiti della propria quota millesimale, all'utilizzo in sopraelevazione della cubatura residua del fabbricato che insiste su un unico fondo.

23. L'individuazione di tanti subalterni nell'ambito della stessa particella catastale ove è localizzato l'edificio condominiale, infatti, corrisponde al numero delle unità abitative che compongono il condominio e non deriva dal frazionamento di un lotto unitario in tanti lotti autonomi, come nel precedente citato dal T.a.r. a sostegno del rigetto del ricorso (segnatamente, Cons. Stato, sez. V, n. 3637/2000 che si riferisce all'atto di cessione di cubatura sottoscritto da uno solo dei due comproprietari del fondo contiguo).

24. Per altro verso, la cubatura non utilizzata dal condominio non integra un diritto reale e non è ricompresa nell'elenco dei beni comuni di cui all'art. 1117 c.c., sicché

non richiede, ai fini del suo utilizzo, il consenso di tutti i condomini né è funzionale alla realizzazione di un bene a servizio della collettività condominiale, come invece sostenuto dall'amministrazione.

25. Il diritto di sopraelevazione *ex lege* riconosciuto al proprietario dell'ultimo piano comprende necessariamente anche l'uso della cubatura residua del fabbricato da sopraelevare.

26. Si osserva, inoltre, che, in conformità a quanto richiesto dall'amministrazione in sede istruttoria, il ricorrente ha sottoscritto, unitamente agli altri condomini, l'atto di asservimento a favore del Comune della cubatura non utilizzata, in proporzione ai millesimi da questi posseduti, per un ammontare pari a 195,80, superiore a quella necessaria per la sanatoria pari a 179,64 mc.

27. Sotto tale profilo, merita condivisione quanto osservato dall'appellante in ordine all'errata indicazione della cubatura ceduta, nella relazione tecnica allegata alla domanda di sanatoria della cubatura utilizzata (indicata in 197,64 mc, anziché in 179,64 mc come correttamente riportato nell'atto di asservimento a favore del Comune). L'errore è, infatti, facilmente riconoscibile sulla base dei dati di calcolo indicati nella citata relazione (moltiplicando l'incremento volumetrico da sanare per l'altezza del fabbricato).

28. Di qui l'evidente vizio di difetto di istruttoria e di motivazione dell'impugnato diniego.

29. Per tali ragioni, il primo e secondo motivo di appello devono essere accolti, con conseguente accoglimento dell'appello e assorbimento dei rimanenti motivi.

30. Sussistono giustificati motivi, in ragione della peculiarità della controversia, per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2025, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 87, comma 4 bis, c.p.a. con l'intervento dei magistrati:

Giordano Lamberti, Presidente

Carmelina Addesso, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Addesso

IL PRESIDENTE
Giordano Lamberti

IL SEGRETARIO