**Archivio selezionato:** Sentenze T.A.R.

**Autorità:** T.A.R. Firenze sez. III
**Data:** 28/10/2015
**n.** 1475
**Classificazioni:** EDILIZIA E URBANISTICA - Violazione di piani regolatori e di regolamenti edilizi comunali - - condono edilizio

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2211 del 2014, proposto da:
Ca. Di Vi. e Ro. Na., rappresentati e difesi dall'avv. Roberto Camero, con domicilio legale presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

Comune di Lucca, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Luca Campinoti e Carmela Di Filippo, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Biagioni, via Calvi 23;
Dirigente del Settore IV - Attività Economica e Edilizia del Comune di Lucca, n.c.;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Sa. Pi., in proprio e nella qualità di legale rappresentante della Società Di. s.r.l., Ro. Za., Ro. Na., in proprio e nella qualità di legale rappresentante della Ditta Tabloid di Ro. Na., St. Lu., in proprio e nella qualità di legale rappresentante della Ditta Affittacamere Buonanotte di Lu. St., rappresentati e difesi dapprima dagli avv. Giovanni Calugi e Maria Dell'Anno e successivamente dagli avv. Lia Gugliotta e Maria Concetta Gugliotta, con domicilio legale presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;,

per l'annullamento

della nota - provvedimento del 30.09.2014, comunicato alla Sig.ra Di Vi. il 04.10.2014. con la quale il Dirigente del Settore IV del Comune di Lucca ha espresso diniego definitivo dell'attestazione di conformità in sanatoria inerente l'installazione di canne fumarie esterne a corredo di edificio commerciale, posto in viale Castracani n. 98 loc. Arancio - Lucca, in quanto la facciata sui cui sono state installate le due canne fumarie non risulta di esclusiva proprietà dei richiedenti; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché ignoto, con particolare riferimento - ove occorresse - alla comunicazione di avvio del procedimento, prot. n. 108262 del 13.11.14, notificata il 26.11.14 anche alla Sig. ra Di Vi. Ca., diretta all'emanazione di ordinanza di divieto di prosecuzione di attività di cottura svolta nell'esercizio commerciale;
e per
il risarcimento dei danni patiti e patiendi in dipendenza degli atti illegittimi impugnati e delle determinazioni assunte dall'amministrazione.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lucca;
Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2015 la dott.ssa Rosalia Messina e uditi per le parti i difensori avvocati R. Camero, L. Campinotti, L. Gugliotta e M. C. Gugliotta;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**Fatto**

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte della collocazione di una canna fumaria e di uno sfiato di aria calda sul prospetto di un edificio condominiale sito in territorio di Lucca, a servizio di un locale di ristorazione sito al pianterreno di tale edificio, e della legittimità del diniego di attestazione di conformità in sanatoria opposto dal Comune di Lucca ai ricorrenti, in quanto non proprietari esclusivi del muro in questione e privi del consenso degli altri aventi diritto (ovvero dei condomini).

Avverso il predetto diniego i ricorrenti deducono le censure di seguito richiamate.

Violazione dell'art. 11 T.U.ED.; eccesso di potere per travisamento, motivazione illogica e insufficiente, carenza istruttoria sviamento (primo motivo di ricorso).

Eccesso di potere per travisamento, motivazione illogica e insufficiente, carenza istruttoria; violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 e dell'art. 1052 cod. civ.(secondo motivo di ricorso).

Violazione dell'art. 1102 cod. civ.; eccesso di potere per travisamento e carenza istruttoria (terzo motivo di ricorso).

I ricorrenti chiedono altresì il risarcimento dei danni derivanti dal mancato accoglimento dell'istanza di sanatoria, che impedirebbe loro lo svolgimento dell'attività di ristorazione nei locali interessati, e ciò alla stregua della deliberazione di Giunta municipale numero 46 del 2014, che impedisce l'esercizio di tale attività in assenza di canna fumaria.

Hanno spiegato intervento volontario in giudizio alcuni soggetti residenti nel medesimo immobile in cui, al pianterreno, si trovano i locali di cui sono proprietari i ricorrenti, i quali li hanno nel tempo locati a diverse ditte che vi hanno esercitato e vi esercitano tuttora l'attività di ristorazione.

Gli intervenienti rappresentano di avere più volte segnalato l'intollerabilità delle immissioni di fumo derivanti dalle canne fumarie (più esattamente, da una canna fumaria e da uno sfiato di aria calda) installate sulla parete condominiale, su ciò fondando il proprio interesse a opporsi all'accoglimento del ricorso.

Anche il Comune di Lucca si è costituito in resistenza, contestando le difese avversarie.

Con ordinanza numero 60 del 2015 l'istanza cautelare proposta in seno al ricorso introduttivo del giudizio è stata limitatamente accolta (con esclusione del condotto mozzo in acciaio per l'espulsione dell'aria calda del forno sbocca sottogronda), essendosi tenuto anche conto della prevalenza del grave pregiudizio derivante dalla dismissione dell'uso dell'impianto di smaltimento dei fumi.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi con memorie.

Alla pubblica udienza del 13 ottobre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Preliminarmente, merita un rapido chiarimento la sussistenza dell'interesse in capo agli intervenienti *ad opponendum*, i quali sono comproprietari dell'immobile nel cui pianterreno, come già si è detto, viene esercitata l'attività di ristorazione (attualmente dalla società Toscana Trading s.r.l.).

Essi sono tutti i proprietari e/o abitanti degli immobili destinati a civile abitazione e/o a struttura ricettiva per il pernottamento, situati al primo e al secondo piano del medesimo immobile in cui è allocato il ristorante.

Non vi è dubbio che la presenza delle canne fumarie costituisce un elemento rilevante ai fini della utilizzazione degli immobili di cui trattasi, sicché non occorrono particolari argomentazioni per ritenere tale interesse sussistente. Ovviamente altra cosa è poi stabilire se all'interesse fatto valere nel presente giudizio - attraverso l'opposizione alla sanatoria e quindi all'accoglimento del ricorso - corrispondano pretese fondate.

3. Prima di procedere alla disamina delle questioni dedotte in giudizio, il Collegio ritiene opportuno precisare che il provvedimento impugnato è motivato con esclusivo riguardo alla pretesa mancanza di titolo legittimante a richiedere l'accertamento di conformità in capo ai richiedenti, non risultando di esclusiva proprietà degli stessi, e che oggetto della controversia è unicamente la legittimità di detto provvedimento e delle ragioni per le quali il Comune di Lucca di è determinato negativamente sull'istanza di sanatoria dei ricorrenti.

Si esaminano congiuntamente il primo e il terzo motivo di ricorso, attesa la connessione logica delle questioni con essi sottoposte al vaglio giurisdizionale.

Con la prima censura i ricorrenti lamentano la violazione dell'articolo 11 del T.U. ED., sostenendo che il

Comune non ha un obbligo generalizzato di verificare l'insussistenza di limiti civilistici alla realizzazione dell'intervento edilizio; essi, pur ammettendo che una parte della giurisprudenza riconosce invece in tali casi l'obbligo per l'amministrazione comunale di accertare il requisito della legittimazione in capo al richiedente - ovvero il possesso di un idoneo titolo di godimento sul bene interessato dall'intervento edilizio - precisano tuttavia che tale potere - dovere non deve sconfinare nell'accertamento dei diritti di soggetti terzi e che, in ogni caso, il Comune dovrebbe limitarsi a prendere atto delle situazioni giuridiche note e incontestate.

Con il terzo motivo di ricorso si fa valere il diritto di ciascun condomino (e quindi dei ricorrenti) di apporre sul muro perimetrale dell'edificio tubi del gas o tubazioni per le canne fumarie, e ciò senza necessità del preventivo consenso da parte degli altri condomini, i quali possono successivamente opporsi ma soltanto per ragioni inerenti il decoro architettonico; tali ragioni nel caso di specie sarebbero inesistenti, atteso che la facciata di cui trattasi è una facciata interna e che in ordine all'intervento in questione è stata riconosciuta la compatibilità paesaggistica.

Infine, i ricorrenti lamentano che il Comune di Lucca, nel caso in esame, non ha avuto di mira la tutela di interessi pubblici (decoro, impatto paesaggistico), atteso che sotto tali profili l'intervento edilizio in questione ha ricevuto positiva valutazione.

I terzi, eventualmente - aggiungono i ricorrenti - potranno fare valere in sede civilistica le proprie pretese riguardanti una posizione giuridica di natura esclusivamente privata, in alcun modo coincidente con interessi di natura pubblicistica.

Il Collegio ritiene fondate le censure in esame.

Va ricordato innanzitutto che in generale i provvedimenti in materia edilizia sono sempre rilasciati con salvezza dei diritti dei terzi, i quali potranno far valere nell'opportuna sede civilistica eventuali posizioni giuridiche lese dal titolo rilasciato ad altri.

Per quanto in particolare riguarda la collocazione di canne fumarie sul muro perimetrale di un edificio (nel caso in esame, si tratta di muro perimetrale posto nella corte interna), si registra un cospicuo numero di pronunce dei giudici amministrativi in cui si afferma che l'art. 1102 c.c., relativo all'uso della cosa comune, va interpretato (per altro conformemente al costante orientamento del giudice civile) nel senso che il singolo condomino può apportare al muro perimetrale, senza bisogno del consenso degli altri partecipanti alla comunione, tutte le modificazioni che consentano di trarre dal bene comune una particolare utilità aggiuntiva rispetto a quella goduta dagli altri condomini, ivi compreso l'inserimento nel muro di elementi estranei e posti al servizio esclusivo della sua porzione, purché non impedisca agli altri condomini l'uso del muro comune e non ne alteri la normale destinazione con interventi di eccessiva vastità. Il singolo condomino ha quindi titolo, anche se il condominio non abbia dato o abbia negato il proprio consenso, a ottenere la concessione edilizia per un'opera a servizio della sua abitazione e sita sul muro perimetrale comune, che si attenga ai limiti suddetti (cfr.: Cassazione civ., 16 maggio 2000, n. 6341; Consiglio di Stato, V, n. 11/2006; TAR Veneto, II, n. 1540/2012; TAR Lazio - Latina, I, n. 413/2012).

Nel caso in esame, i limiti al diritto di utilizzare la cosa comune sono stati rispettati. Non risulta infatti compromessa la possibilità per gli altri condomini di utilizzare il muro perimetrale in modo analogo, né sono stati violati ulteriori limiti stabiliti dai precedenti giurisprudenziali richiamati dagli intervenienti, come quello di non pregiudicare la destinazione economica del bene e di non arrecare lesioni alla statica, all'estetica e alla sicurezza dello stabile.

Essendo il provvedimento impugnato motivato con esclusivo riguardo alla circostanza che i ricorrenti non sono proprietari esclusivi della facciata sulla quale sono installati i manufatti in questione, esso risulta illegittimo, posto che, come si è appena detto, di per sé la contitolarità del bene non esclude la possibilità per ciascun condomino di utilizzare il bene stesso e di apportarvi modifiche, con i limiti che sono stati illustrati. Poiché il provvedimento impugnato non fa alcun riferimento alla violazione di limiti sostanziali, esso contrasta con l'art. 1102 c.c. ed è perciò illegittimo.

Tutte le lagnanze degli intervenienti *ad opponendum*, formalmente volte a contestare la possibilità di utilizzare in modo paritario il bene comune, hanno portata sostanziale differente ed estranea alla valutazione della legittimità del provvedimento impugnato; si tratta infatti di pregiudizi (immissioni, inquinamento acustico) che vanno fatti valere nell'appropriata sede giudiziaria, ovvero dinanzi al giudice civile.

In conclusione, il Comune di Lucca illegittimamente ha denegato la sanatoria richiesta dai ricorrenti sulla base della considerazione che essi non sono proprietari esclusivi della facciata sulla quale sono installati i due manufatti in questione.

L'accoglimento delle censure in esame rende superflua la disamina del secondo motivo di ricorso, con il quale i ricorrenti svolgono una serie di considerazioni eminentemente procedimentali (soprattutto riferite

all'istruttoria e alla motivazione) con riguardo alla pretesa esistenza di un diritto di servitù di cui essi sarebbero titolari.

A prescindere dall'eventuale diritto di servitù, rientra nelle facoltà del singolo condomino, come si è già detto, l'utilizzazione della cosa comune (e quindi del muro perimetrale) nei limiti stabiliti dalla disciplina civilistica, come già si è detto.

Del tutto irrilevanti, una volta inquadrata correttamente la fattispecie, che va ricondotta all'ambito applicativo dell'art. 1102 c.c., sono tutte le disquisizioni svolte da tutte le parti in causa sulla tempistica della realizzazione della canna fumaria e dello sfiato di aria calda.

4. Per completezza, va rilevato che gli intervenienti dedicano molte pagine all'insanabilità sostanziale dell'abuso; tuttavia, l'art. 34, comma secondo, c.p.a., secondo il quale "*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*" - in coerenza con il principio di separazione dei poteri e con il modello costituzionale di giustizia amministrativa delineato dall'art. 103 della Carta (che prevede un sindacato giurisdizionale *ex post* sull'attività dell'amministrazione) - vieta le azioni di accertamento preventivo inerenti poteri pubblicistici non ancora esercitati e quindi impedisce al giudice di pronunciarsi su questioni sulle quali l'amministrazione non ha assunto determinazioni (cfr. TAR Toscana, III, n. 24/2015; si veda anche, della medesima Sez., n. 501/2015).

Come si è ripetuto diverse volte, il Comune di Lucca non ha effettuato alcuna valutazione sulla sanabilità dell'abuso in questione, arrestando il proprio esame alla questione della mancanza di titolarità esclusiva del bene in capo al ricorrente, sicché, alla stregua delle considerazioni appena esposte, è preclusa al Collegio ogni indagine sul punto.

In conclusione, il ricorso in esame va accolto nella parte impugnatoria, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

4. Con riguardo alla domanda risarcitoria, i ricorrenti hanno precisato l'ammontare richiesto (€ 5.000) con memoria del 28 luglio 2015.

Tuttavia, avendo gli intervenienti comprovato con documentazione fotografica che la canna fumaria e lo sfiato di aria calda non sono stati rimossi, non si ravvisa alcun pregiudizio risarcibile.

La domanda in esame va dunque respinta.

Tenuto conto delle questioni trattate e dell'intreccio di questioni civilistiche e pubblicistiche, si ritiene equo disporre la compensazione integrale delle spese processuali.

**Diritto**

**PQM**

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accoglie la domanda impugnatoria e, per l'effetto, annulla il diniego impugnato; respinge la domanda risarcitoria.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Rosalia Messina, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 28 OTT. 2015.

Note

**Utente:** toswe01 TOSETTO WEIGMANN E ASSOCIATI - www.iusexplorer.it - 14.01.2016

© Copyright Giuffrè 2016. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156