

Pubblicato il 05/06/2023

N. 00392/2023REG.PROV.COLL.
N. 00119/2022 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 119 del 2022, proposto dai signori
-OMISSIS- rappresentati e difesi dall' avv. Salvatore Cittadino, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Agira, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in
giudizio;

nei confronti

la signora -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Gagliano,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia,
sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 3730 del 13 dicembre 2021

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2023 il consigliere Giovanni Ardizzone e uditi per le parti gli avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È stata appellata la sentenza, indicata in epigrafe, con la quale il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, n.r.g. 1806/2020, proposto dai signori -OMISSIS- quest'ultimo nella qualità di legale rappresentante *pro tempore* della -OMISSIS- per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo

- dell'ordinanza di demolizione n. -OMISSIS-, notificata il 3 ottobre 2020, con la quale viene ingiunto ai ricorrenti, nelle rispettive qualità di proprietari e di esecutore dei lavori, di procedere alla rimozione dell'opera non autorizzata ovvero una modesta canna fumaria, collocata nel muro esterno comune, al servizio dell'unità immobiliare, posta al piano terra dell'edificio ubicato in Agira, -OMISSIS- e di ogni altro atto antecedente, susseguente e connesso con il provvedimento impugnato, ivi compreso, ove occorra, la relazione di sopralluogo, effettuata dall'Ufficio tecnico comunale (U.T.C.), congiuntamente al personale della Polizia Municipale, -OMISSIS-;

quanto al ricorso per motivi aggiunti

- dell'accertamento di inottemperanza dell'ordinanza di demolizione n. -OMISSIS-, cui è attribuito la natura di titolo per l'immissione in possesso e

di acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune, secondo quanto previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001, notificato il 25 maggio 2021, nonostante non sia stata mai notificata nessuna ordinanza di demolizione *ex art. 31* precitato;

- del provvedimento prot. n. -OMISSIS- con cui è stata data comunicazione di immissione in possesso e di acquisizione gratuita al patrimonio del Comune, *«non si sa di cosa e presumibilmente della canna fumaria non autorizzata»*, con contestuale irrogazione della sanzione pecuniaria, il tutto ai sensi di quanto previsto dall'art. 31 comma 3 del d.P.R. n. 380/2001, con contestuale diffida ai ricorrenti *«a non utilizzare in alcun modo l'opera, evitando tassativamente la fuoriuscita di fumi con l'accensione del forno o di qualsiasi altro dispositivo»*;

- del provvedimento prot. n. -OMISSIS- dello Sportello unico attività produttive del Comune di Agira, avente ad oggetto: *«Segnalazione Certificata Inizio Attività, presentata per l'avvio di attività di somministrazione e bevande da svolgersi all'interno dell'unità immobiliare distinta al NCEU al foglio -OMISSIS- - piano terra, ubicata in via -OMISSIS-. Dichiarazione di nullità e non efficacia della SCIA assunta al prot. -OMISSIS-. Intimazione a non intraprendere avvio dell'attività»*, con il quale si intima al signor -OMISSIS-, nella qualità di legale rappresentante della società “-OMISSIS-”, di non dare avvio all'attività di somministrazione di alimenti e bevande all'interno dell'unità immobiliare indicata in oggetto e di ogni altro atto antecedente, susseguente e connesso con i provvedimenti impugnati.

2. Per migliore intelligenza si richiamano i fatti, oggetto della controversia, come ricostruiti dal Giudice di prime cure:

- i ricorrenti sono, rispettivamente, proprietari (-OMISSIS-) e conduttore

(-OMISSIS-) del piano terra dell'edificio, che ha altre due elevazioni, sito in Agira via -OMISSIS-

- da tempo, in detto edificio, esistevano una canna fumaria ed un tubo di convogliamento di fumi ed odori, regolarmente autorizzate, una (la canna fumaria) nel prospetto di via -OMISSIS-e l'altro (il tubo di convogliamento di fumi e odori) nel prospetto di via -OMISSIS-, al servizio del piano terra, dove vi era una pizzeria - tavola calda - pasticceria – rosticceria, anche da asporto, per tanti anni aperta al pubblico;

- per detti accessori vi è stato un lungo contenzioso con la proprietaria delle unità immobiliari soprastanti il piano terra, odierna controinteressata, conclusosi con una sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta n. -OMISSIS-che ne ha imposto la rimozione, per alterazione del decoro architettonico, in parziale conferma della sentenza del Tribunale di Nicosia n. -OMISSIS-, che aveva imposto lo spostamento o il rivestimento della sola canna fumaria di via -OMISSIS-;

- l'allora proprietario dell'immobile a piano terra, per dare esecuzione alla sentenza di primo grado, nel 2014, aveva rimosso la canna fumaria in via -OMISSIS-;

- successivamente, in esecuzione della sentenza della Corte di Appello, nel prospetto di via -OMISSIS-, veniva collocata una nuova canna fumaria, *«nel rispetto delle distanze legali e del decoro architettonico»*;

- tale nuova collocazione avveniva previa autorizzazione del Comune e parere dell'ARPA, reso con nota prot.-OMISSIS-, come si evince dalla nota prot. -OMISSIS- dell'Ufficio tecnico comunale, permettendo, così, la prosecuzione dell'attività di pizzeria, che già aveva ottenuto l'agibilità come attestato con nota -OMISSIS-;

- la nuova canna fumaria, collocata nel prospetto di via -OMISSIS-e

autorizzata dal Comune, è stata eliminata coattivamente dall'Ufficiale giudiziario, *«come se si fosse trattato della vecchia e ciò in presunta esecuzione della sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta che riguardava la vecchia canna fumaria già eliminata e non la nuova, collocata in diverso sito e con modalità costruttive diverse»;*

- dopo una SCIA, del 2020, a mezzo della quale il signor -OMISSIS- comunicava la ricollocazione della nuova canna fumaria, che nel 2014 aveva avuto l'assenso del Comune e dell'ARPA, ritenuta non ammissibile dallo stesso Comune, in data 19 settembre 2020, uno dei ricorrenti trasmetteva – valutando l'attività che si apprestava a fare come attività edilizia libera – una C.I.L. al Comune, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della l. r. 10 agosto 2016, n. 16 e reinstallava la stessa canna fumaria, già assentita, nel 2014, dall'Amministrazione comunale e dall'ARPA, nel rispetto delle distanze e del decoro architettonico, e ciò per potere riavviare l'attività di pizzeria;

- il Dirigente del 4° Settore tecnico del Comune, in esito al sopralluogo congiunto dell'U.T.C. e del Comando dei Vigili Urbani, di cui viene redatta apposita relazione (nota -OMISSIS-), nella quale si evidenziava che la ricollocazione della canna fumaria, già autorizzata nel 2014, necessitava del consenso di tutti i condomini, ingiungeva la demolizione della canna fumaria già realizzata, con avvertimento che in mancanza si sarebbe dato corso ai provvedimenti conseguenti.

- il Comune, quindi, adottava ulteriori provvedimenti, impugnati con ricorso per motivi aggiunti:

a) prot n.-OMISSIS-, con il quale veniva data comunicazione di immissione in possesso e di acquisizione gratuita al patrimonio comunale della canna fumaria non autorizzata con contestale irrogazione della

sanzione pecuniaria e intimazione a non utilizzare in alcun modo l'opera;

b) prot. -OMISSIS- dello sportello unico attività produttive con il quale veniva rigettata la SCIA presentata per l'inizio dell'attività avanzata dal signor -OMISSIS-;

- il Comune con nota prot. n.-OMISSIS- *«certificava che si trattava della stessa canna fumaria sostituita nel 2014, realizzata nel rispetto dei parametri fissati dal regolamento edilizio».*

3. Nel giudizio di primo grado il Comune di Agira non si costituiva, mentre si costituiva la signora -OMISSIS-, chiedendo la declaratoria di inammissibilità o il rigetto del ricorso.

4. Il T.a.r., con la gravata sentenza, respinge il primo motivo del ricorso con il quale i ricorrenti avevano dedotto i vizi di *«violazione ed erronea applicazione dell'art 3 l.r. 16/2016; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti; totale carenza di motivazione; illogicità e contraddittorietà manifesta»*, atteso che il Comune avrebbe esercitato un potere sanzionatorio senza alcuna preventiva valutazione negativa della CIL, *«posto che, per esercitare un potere repressivo l'Amministrazione preventivamente deve pronunciarsi sulla legittimità dell'attività svolta e sulla assenza di una valida comunicazione per potere eseguire le opere e/o sulla presunta assenza di un provvedimento autorizzatorio»*. Per il T.a.r., invece, nel provvedimento demolitorio viene richiamata la relazione di sopralluogo prot. n. -OMISSIS-, *«nella quale si richiamano sia l'avvenuta presentazione della C.I.L. relativa alla (re)installazione della canna fumaria in questione da parte di -OMISSIS- (con nota PEC assunta al protocollo del Comune intimato n. -OMISSIS-), sia le ragioni che precludono l'intervento in questione (ragioni legate, in sintesi, alla mancanza di assenso - ed anzi, al dissenso - dell'altro comproprietario*

delle parti comuni del fabbricato, come si ricava dalla vicenda giudiziaria ivi richiamata - alla realizzazione del suddetto intervento)».

Il Giudice di prime cure respinge il secondo motivo con il quale gli esponenti avevano dedotto i vizi di «*violazione dell'art. 97 Cost. sotto il profilo dell'imparzialità ed il buon andamento; violazione dei principi di correttezza e buona fede; violazione degli artt. 7 e 21 nonies, della l.n. 241/1990; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti; sviamento; totale assenza di motivazione*», atteso che il Comune, nella sostanza, avrebbe annullato, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato e per presunte illegittimità, la precedente autorizzazione rilasciata nel 2014 per la realizzazione di una canna fumaria identica a quella oggi ricollocata, e ciò in palese violazione delle disposizioni rubricate e a distanza di 4 anni da quando è stato adottato il provvedimento oggetto di annullamento. Per il T.a.r., invero, l'ordine di rimozione non può essere ritenuto - né sul piano formale né su quello sostanziale - espressione dell'esercizio del potere di autotutela in funzione della caducazione della precedente autorizzazione rilasciata nel 2014. Peraltro la nota prot. -OMISSIS- dell'U.T.C. «*racchiude un tenore autorizzatorio sui generis, posto che nel dare riscontro ad una segnalazione dell'odierna controinteressata in merito a lamentate emissioni dalla - nuova - canna fumaria installata, si limita ad evidenziare che il nuovo impianto si pone in conformità ai parametri in materia di distanze ed altezze del regolamento edilizio e a dare atto che, a seguito di sopralluogo, non erano state rilevate emissioni moleste e/o intollerabili*».

Il T.a.r. ritiene infondato, ancora, il terzo motivo con il quale i ricorrenti avevano dedotto l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, non potendo, a loro avviso, trovare applicazione l'art. 27, secondo comma, del d.P.R. n.

380/2001, richiamato nel gravato provvedimento, ma non applicabile alla fattispecie, «*posto che non si tratta di un intervento soggetto al permesso di costruire realizzato in zona soggetta a vincolo di inedificabilità o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167*». Asserivano che, per la ricollocazione della canna fumaria, l'unica sanzione ipotizzabile sarebbe stata quella «*pecuniaria (come previsto per l'attività di edilizia libera, ma anche per gli interventi edilizi eseguiti in assenza o in difformità dalla SCIA ovvero in base a SCIA inefficace o nonostante la tempestiva emanazione del provvedimento inibitorio e la difformità totale e parziale, le cui sanzioni sono quelle contemplate all'art. 37 T.U.)*». Per il Giudice di primo grado tale motivo è infondato, poiché il richiamo all'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001 è un mero errore, dovendosi, più correttamente, richiamare l'art. 31 dello stesso d.P.R., che pone espressamente il termine di 90 giorni per provvedere «*alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi*». Argomenta che la mancata o erronea indicazione delle norme di legge, su cui si fonda il provvedimento amministrativo, non costituisce *ex se* ragione di invalidità dell'atto. Per il Collegio l'intervento realizzato rientra nella categoria dei lavori di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 3, comma 1, lett. *d*), del d.P.R. n. 380 del 2001 e necessiterebbe, per tale ragione, del permesso di costruire.

Il T.a.r. ritiene, ancora, che fosse necessario il consenso degli altri condomini per la realizzazione di una canna fumaria. Reputa irrilevante il parere della Soprintendenza beni culturali e ambientali di Enna, prot. n. -OMISSIS-, «*che si limita a restituire gli atti della pratica senza esprimere alcuna valutazione in merito all'opera in questione*».

Il T.a.r., quanto al ricorso per motivi aggiunti, ritiene infondato il primo

motivo con il quale viene dedotta *«l'illegittimità derivata»*.

Parimenti infondato ritiene il motivo con il quale i ricorrenti avevano lamentato che *«nessuna ordinanza di demolizione è stata mai adottata dal Comune Agira, ai sensi dell'art. 31 sopra richiamato (con la conseguenza che non può trovare, comunque, applicazione né il provvedimento di acquisizione con conseguente provvedimento di immissione in possesso, che peraltro avrebbe dovuto indicare rigorosamente il bene acquisito e l'area di sedime, né la sanzione pecuniaria)»*. I ricorrenti lamentavano che l'ordinanza adottata dal Comune *«sarebbe una c.d. demolizione d'ufficio ex art. 27 del d.P.R. n. 380/2001, che, per poter essere eseguita, richiede peraltro una preliminare valutazione tecnico-economica approvata dalla giunta comunale, finalizzata ad un immediato intervento demolitorio»*. Nella fattispecie, considerate le ridotte dimensioni dell'opera, non necessitando il permesso di costruire, non sarebbe neanche ipotizzabile l'adozione di un'ordinanza ex art. 31 del d.P.R. n. 380/2001.

Il T.a.r., confuta tali argomentazioni ribadendo che l'ordinanza di demolizione è stata adottata ai sensi dell'art. 31 decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, *«nonostante l'erronea indicazione nello stesso provvedimento dell'art. 27, comma 2, del medesimo testo normativo»*. Per il Giudice di primo grado la parte ricorrente, tramite l'ordine demolitorio sarebbe stata resa edotta che, in caso di inadempienza (mancata rimozione dell'opera non autorizzata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione dell'ordinanza stessa), si sarebbe dato corso agli adempimenti conseguenti. In sentenza si puntualizza come la circostanza che l'ordine di demolizione del manufatto abusivamente realizzato non contenga l'indicazione dell'effetto acquisitivo e non descriva l'area da acquisire non è causa di illegittimità dello stesso. Quanto all'oggetto

dell'immissione in possesso e dell'acquisizione gratuita, risulterebbe *«chiaro dagli atti versati in giudizio che esso coincide con l'opera abusiva (id est, la canna fumaria) nella consistenza e nelle condizioni attuali in cui si trova»*.

Il T.a.r. ritiene infondate, infine, le doglianze dei ricorrenti secondo cui lo sportello unico attività produttive del Comune di Agira avrebbe adottato l'avversato provvedimento prot. n. -OMISSIS- (nullità e inefficacia della SCIA) *«solo perché vi è l'ordinanza di demolizione, l'acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune, vi è stata l'immissione in possesso e perché detta ordinanza non è allo stato sospesa»*. Per il T.a.r., invece, dall'accertata infondatezza delle doglianze articolate avverso i predetti provvedimenti discende l'infondatezza del motivo di ricorso in esame.

5. Gli appellanti, con l'odierno gravame, articolano plurime censure alla sentenza, rubricate in quattro distinti titoli.

i. *«violazione degli artt. 3, 22, 31, 37 e 27 del d.P.R. n. 380/2001; violazione della l.r. 16 del 2016 di recepimento nella Regione Siciliana del d.P.R.; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti illogicità; contraddittorietà; sviamento; totale assenza di motivazione»*.

Gli appellanti con il primo motivo ribadiscono che l'ordinanza di demolizione è stata adottata, erroneamente, in presunta esecuzione dell'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001 e senza alcuna motivazione, e non dell'art. 31 del medesimo d.P.R. n. 380/2001, come statuito in sentenza. La collocazione della canna fumaria, diversamente da quanto ritenuto dal Giudice di primo grado, non necessitava del permesso di costruire e il problema del dissenso dei condomini, che comunque non ha fondamento, avrebbe dovuto essere *«risolto solo dal Giudice civile e non dall'autorità amministrativa»*. Per gli appellanti l'intervento di mera sostituzione di una canna fumaria, peraltro

con le stesse dimensioni e identica localizzazione rispetto alla precedente, andrebbe considerato, casomai come *«manutenzione straordinaria, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b) del d.P.R. n. 380 del 2001, soggetto quindi a Scia ai sensi dell'art. 22, comma 1 del d.P.R. n. 380 del 2001, con conseguente perseguibilità dell'intervento compiuto in assenza di titolo con una sanzione pecuniaria in relazione alla gravità dell'abuso, ai sensi dell'art. 37»*. Il T.a.r. erroneamente, invece, avrebbe qualificato l'intervento in parola come ristrutturazione edilizia ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera d), del d.P.R. n. 380 del 2001, realizzati tramite inserimento di nuovi elementi ed impianti, per cui sarebbe stato necessario il permesso di costruire. Evidenzia come lo stesso Comune, *«con l'attestazione prot.-OMISSIS-, prodotta in atti, ha certificato inequivocabilmente che si tratta della mera reinstallazione della stessa canna fumaria sostituita nel 2014, realizzata nel rispetto dei parametri fissati dal vigente regolamento edilizio e regolarmente autorizzata»*. Gli appellanti lamentano che il Giudice di primo grado argomentando la propria decisione con riferimento al decoro architettonico avrebbe integrato, inammissibilmente, *ex post* la motivazione dell'impugnato provvedimento;

ii. *«violazione dell'art.97 Cost. sotto il profilo dell'imparzialità ed il buon andamento; violazione dei principi di correttezza e buona fede; violazione degli artt. 7 e 21 nonies l.n. 241/1990; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti; sviamento; totale assenza di motivazione»*, atteso che il Comune non ha considerato che la canna fumaria del 2020 è la stessa collocata nel 2014, già autorizzata dal Comune e munita del parere dell'ARPA. Per tale ragione l'ordinanza di demolizione rappresenterebbe *«un implicito annullamento in autotutela del provvedimento autorizzativo del 2014, intervenuto in primis oltre un ragionevole limite temporale in*

violazione dell'art. 21-nonies l.n. 241/1990»;

iii. *«violazione per falsa ed erronea applicazione dell'art. 31, commi 3,4, e 4 bis e dell'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001, come recepito in Sicilia con l.r.16.2016; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti illogicità; contraddittorietà; irragionevolezza; sviamento; motivazione erronea ed insufficiente»*, atteso che l'ordinanza di acquisizione sarebbe stata adottata sua base della cosiddetta demolizione d'ufficio *ex art. 27 del d.P.R. n. 380/2001*, e non dell'art. 31 come avrebbe dovuto essere. Gli appellanti lamentano che il primo Decidente avrebbe inammissibilmente integrato la motivazione del provvedimento laddove si argomenta *«che l'ordinanza impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio è un'ordinanza di demolizione ex art. 31 e solo per semplice lapsus calami è stato fatto riferimento all'art. 27 d.P.R. n. 380/2001»*;

iv. *«illegittimità della pronuncia sulle spese»*, atteso che, conseguentemente, le spese andrebbero oste a carico del soccombente.

6. Anche nel presente giudizio il Comune di Agira non si è costituito.

7. Con memoria, depositata il 23 febbraio 2022, si è costituita la controinteressata, sig.ra -OMISSIS-, eccependo, in primo luogo, l'inammissibilità dell'appello poiché gli appellanti *«si sono limitati a una mera riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado senza formulare specifiche censure alla motivazione della sentenza»*. Nel merito controdeducono alle doglianze portate dal gravame.

8. Gli appellanti con memoria del 12 marzo 2022 replicano alla superiore eccezione di inammissibilità, e, previa dichiarazione di interesse alla decisione del 29 luglio 2022, depositano ulteriori memorie il 7 settembre 2022, e, in prossimità dell'odierna udienza, ai sensi dell'art. 73 del c.p.a., in data 15 febbraio 2023.

9. All'udienza del 22 marzo 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

10. Preliminarmente, questo Collegio ritiene di affermare che l'appello è ammissibile, poiché, diversamente da quanto eccepito dalla controinteressata, la difesa dell'appellante non si è limitata a riproporre i motivi del ricorso originario. Anzi, ha censurato, sotto più profili, la sentenza impugnata, contestando, con puntuali argomentazioni, le tesi formulate dal primo giudice a sostegno della sua decisione.

11. Nel merito l'appello è fondato.

Con il primo assorbente motivo gli appellanti premettono che l'impugnata ordinanza di demolizione n. -OMISSIS- è stata adottata *«in presunta esecuzione dell'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001 e senza motivazione e non dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, come, comunque, avrebbe dovuto essere emesso ed è quindi, per ciò solo illegittima mancando i presupposti in nuce per l'emissione dell'art. 27»* e precisano che, *«anche a volere considerare sia stata emessa ai sensi del citato art. 31 e che ha come motivazione quella indicata nel verbale di sopralluogo»* ovvero che la collocazione della canna fumaria avrebbe dovuto essere autorizzata anche dagli altri condomini, il provvedimento è comunque illegittimo perché *«l'attività messa in atto non necessitava di permesso di costruire ed il problema del dissenso poteva e doveva essere risolto solo dal Giudice civile e, comunque, non ha fondamento»*.

Il Collegio rileva che il T.a.r., esaminando il terzo motivo del ricorso di primo grado, riproposto con il citato primo motivo di appello, ha respinto le censure dei ricorrenti argomentando che:

- il richiamo all'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001, è sì *«erroneo»*, ma inidoneo a postulare l'invalidità dell'atto, poiché agli appellanti viene assegnato il termine di novanta giorni per provvedere *«alla demolizione e al ripristino*

dello stato dei luoghi», previsto dall'art. 31 dello stesso d.P.R., sebbene tale ultimo articolo non sia stato espressamente indicato nella gravata ordinanza;

- l'intervento realizzato necessita del "permesso di costruire" poiché rientra nella categoria dei lavori di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 3, comma 1 lett. d), del d.P.R. n. 380 del 2001 in quanto «*non è di irrilevante impatto visivo*»;

- occorre il previo assenso degli altri comproprietari, ai sensi dell'art. 1102 del c.c., e spetta al giudice verificare se l'opera arreca pregiudizio al decorso architettonico dell'edificio che, nel caso di specie, sarebbe stato acclarato dalla Corte di Appello di Caltanissetta con sentenza n. -OMISSIS-;

- è irrilevante la precisazione della parte ricorrente circa la diversità dell'originaria canna fumaria (rettangolare) rispetto a quella successivamente installata e poi rimossa (2018), sussistendo un manifesto contrasto fra i comproprietari in ordine alla realizzazione dell'intervento *de quo*;

- è irrilevante il parere della Soprintendenza dei beni culturali e ambientali di Enna che si limita a restituire gli atti della pratica, senza esprimere alcuna valutazione in merito all'opera in questione.

Le argomentazioni del Giudice di primo grado non persuadono per la dirimente ragione che l'ordinanza di demolizione appare motivata con rinvio alla relazione di sopralluogo prot. n. -OMISSIS- nella quale, dopo il riferimento all'art.1102 del c.c., testualmente è riportato che «*in conseguenza del mancato assenso preventivo reso dagli altri soggetti comproprietari, viene meno la piena legittimità da parte del sig.-OMISSIS-, alla collocazione dell'opera in argomento su parti comuni e,*

per effetto di ciò, la stessa deve essere considerata illecita e quindi soggetta all'adozione dei provvedimenti repressivi di legge; per le medesime motivazioni, legate al mancato assenso degli altri soggetto comproprietari, agli atti dell'U.T.C. risultano essere state rigettate le precedenti iniziative proposte per la stessa opera, sempre dal sig.-OMISSIS- [...]».

Invero la P.A. dalla supposta violazione dell'art.1102 del c.c., il cui accertamento invece appartiene al Giudice ordinario, ha fatto derivare l'illegittimità urbanistica, con conseguente emissione dell'ordinanza di demolizione e, a seguire, quella di acquisizione.

Ad avviso del Collegio è, viceversa, del tutto evidente che l'abusività di un'opera (che sia urbanisticamente realizzabile: come certamente è, *ex se*, l'installazione di una canna fumaria su un muro perimetrale di un edificio privato non vincolato) non può essere in alcun senso condizionata dall'assenso o dal dissenso degli altri comproprietari, essendo pacifico, da un lato, che i loro diritti – ivi inclusi quelli connessi all'eventuale travalicamento dei limiti imposti a ogni comunista dall'art. 1102 cod. civ., nonché la lesione del c.d. decoro architettonico dell'edificio: ai quali corrispondono diritti soggettivi individuali di ogni altro condomino, e non già interessi legittimi tutelabili in via amministrativa – non sono giammai pregiudicati dal rilascio del titolo edilizio (che è sempre legittimamente rilasciato, senza neanche bisogno di esplicitazione, con salvezza dei diritti dei terzi); dall'altro, e quale immediato corollario di quanto appena detto, che i diritti dei terzi sono tutelabili (esclusivamente) mediante azioni civili innanzi al Giudice ordinario.

Ciò vale quanto dire che la legittimità dell'intervento edilizio – che, *per incidens*, per l'installazione di una canna fumaria sul muro perimetrale

neppure sembra poter eccedere, *ex se*, i limiti della straordinaria manutenzione dell'edificio, del tutto a prescindere dal fatto che sia posta in essere dal condominio o (nel proprio esclusivo interesse) da un singolo condomino – che “*ciascun partecipante*” alla comunione chieda alla p.a. di essere autorizzato a eseguire in forza della norma che gli consente di “*servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto*” (come testualmente recita l'articolo 1102 del codice civile), deve essere valutata dall'amministrazione (competente ad autorizzarlo solo per i profili amministrativi) senza riguardo ai profili civilistici e ai connessi limiti posti dal cit. art. 1102, perché tali profili e limiti sono tutti azionabili (dai titolari della specifica *facultas agendi*: che, per quanto attiene all'art. 1102 cod. civ., pertiene *uti singuli* a ciascuno degli altri comunisti) soltanto davanti al giudice civile.

Le decisioni del quale, tuttavia, operano (e dunque si eseguono) su piani diversi (in primo luogo, quello che facoltizza, ma non obbliga, all'esercizio dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare) e per nulla interferenti con le valutazioni amministrative di competenza comunale.

Pertanto, è *ex se* viziato l'esercizio del potere amministrativo come mero “braccio esecutivo” delle sentenze del giudice civile, appunto come il Comune di Agira si è ritenuto in dovere di fare: pur se senza dubbio in buona fede, avendo apertamente dichiarato (come sopra trascritto) che proprio (e solo) “*in conseguenza del mancato assenso preventivo reso dagli altri soggetti comproprietari, viene meno la piena legittimità*” dell'opera (altrimenti già amministrativamente assentita, e dunque *ex se* certamente assentibile) e – secondo l'erronea tesi comunale – “*per effetto di ciò, la stessa deve essere considerata illecita e quindi soggetta all'adozione dei*

provvedimenti repressivi di legge”.

Senonché, altro sono gli interventi repressivi azionabili, dopo la condanna del giudice ordinario alla inibizione o alla rimozione dell’opera, dal titolare del diritto a tale rimozione (ex artt. 612 e ss. c.p.c.), e altro gli interventi in autotutela dell’autorità amministrativa: la quale, né ha bisogno di una sentenza civile per denegare, o revocare, un’autorizzazione illegittima; né è tenuta a denegare, o revocare, un’autorizzazione che sia altrimenti legittima sol perché ci sia stata, o sopravvenga, una sentenza del giudice civile (del quale, giova ribadirlo, l’amministrazione non è organo esecutivo).

L’amministrazione è invece tenuta a rilasciare il titolo abilitativo edilizio avendo esclusivo riguardo alla compatibilità urbanistica dell’opera richiesta – il che non implica affatto che essa non sia lesiva di diritti soggettivi altrui – lasciando ogni questione afferente a diritti soggettivi alla sua unica sede competente, che è il giudizio civile.

Non è infatti l’amministrazione comunale a poter valutare, neanche incidentalmente, se l’opera integri un’alterazione della destinazione della cosa comune (di cui un singolo comunista voglia servirsi in modo esclusivo); né se tale utilizzo sia compatibile con l’uso paritario altrui; né, infine, se l’opera sia o meno lesiva del decoro architettonico dell’edificio (ciò potendo evidentemente spettare, ma solo nei congrui casi, all’amministrazione dei beni culturali; che però, nella vicenda di specie, ha significativamente e correttamente ricusato ogni proprio intervento sull’edificio *de quo*).

Così come non è l’amministrazione comunale a dover dosare, modificare, revocare o confermare i propri atti di assenso amministrativo secondo le sopravvenienti decisioni del giudice civile: che, appunto, non spetta all’amministrazione comunale di eseguire o attuare, neanche intervenendo

– in modi ritenuti correttivi – sui propri atti già adottati, o anche la cui adozione sia *in itinere*.

L'amministrazione civica, infatti, oltre a non avere gli strumenti tecnici per valutare i profili di cui si è detto, soprattutto non ha la potestà per intervenire in tali sensi e sarebbe, anzi, assai pericoloso – per la stessa tutela dei diritti soggettivi di tutti i soggetti coinvolti – se lo facesse, anche solo in via di stretta esecuzione delle sentenze rese dal giudice civile: giacché, per esempio, pur dopo un giudicato civile che abbia ordinato la demolizione dell'opera, le parti restano perfettamente libere di transigere o novare ogni loro diritto od obbligo scaturente da esso, mentre un esercizio della potestà pubblica volto a recepire i contenuti della pronuncia civile lederebbe il diritto di tutte le parti a ulteriormente esercitare la propria autonomia negoziale pur dopo il giudicato civile.

È sulla base di tali considerazioni che può concludersi l'esame della specifica vicenda sottoposta.

La fattibilità della collocazione di una nuova e diversa canna fumaria, rispetto a quella oggetto del contenzioso civile, definito con la sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta n. -OMISSIS-, avrebbe dovuto essere nuovamente esaminata dalla P.A. che avrebbe dovuto valutarne la conformità urbanistica a prescindere, nella specifica fattispecie, dalle questioni decise dal giudice civile. Altrimenti opinando, è dal mero dissenso di un comproprietario che il Comune, implicitamente e illegittimamente, avrebbe derivato la sussistenza della violazione del decoro architettonico, che è il valore che l'ordinamento civile tutela.

Quindi la controinteressata, casomai, avrebbe dovuto rivolgersi nuovamente al Giudice ordinario per accertare se la nuova canna fumaria violasse ancora il decoro architettonico. Sotto tale profilo appare fondata

anche la censura alla sentenza nella parte in cui, come sostengono gli appellanti, si *«fa riferimento ad una presunta violazione del decoro architettonico, integrando così ex post ed inammissibilmente la motivazione del provvedimento impugnato»*.

Il Collegio condivide, altresì, la censura degli appellanti laddove affermano che il T.a.r., erroneamente, ha ritenuto l'opera in parola riconducibile nella categoria dei lavori di ristrutturazioni edilizia (art. 3, comma 1, lett. *d*), del d.P.R. n. 380/2001) per i quali sarebbe stato necessario il permesso di costruire. Al riguardo il Collegio richiama l'orientamento giurisprudenziale, formatosi in esito all'esame di casi analoghi, ove si afferma che *«la canna fumaria deve ritenersi ordinariamente un volume tecnico e, come tale, un'opera priva di autonoma rilevanza urbanistico-funzionale, per la cui realizzazione non è necessario il permesso di costruire, senza essere conseguentemente soggetta alla sanzione della demolizione»* (T.a.r. Perugia, sez. I, 30 gennaio 2020, n. 41), non sussistendo, *a contrario*, elementi per ritenere che l'opera in parola incida sulla sagoma dell'immobile (occorrendo, ma solo in tal caso, il “permesso di costruire”). Conseguentemente gli interventi per i quali è richiesta semmai la SCIA o un titolo “minore”, come nel caso di specie, ai sensi dell'art. 22 del d.P.R. n. 380/2001 sarebbero eventualmente soggetti alla sola sanzione pecuniaria, ma non alla demolizione.

Per i superiori assorbenti motivi il ricorso appare fondato.

12. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza

gravata, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Agira e la signora -OMISSIS-, in solido (e nei loro rapporti interni in parti uguali), a rifondere l'appellante delle spese del doppio grado del giudizio, che liquida in € 8.000,00 (ottomila) oltre alle spese generali, agli accessori di legge e al rimborso dei contributi unificati versati.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare tutte le persone menzionate.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Antimo Prosperi, Consigliere

Giuseppe Chinè, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere, Estensore

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Ardizzone

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.