

Publicato il 27/01/2017

N. 00353/2017REG.PROV.COLL.
N. 01415/2016 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1415 del 2016, proposto da:

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto presso lo studio Segreteria Consiglio Di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Condominio di Corso Umberto N. 59, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Mainelli, con domicilio eletto presso lo studio Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

Comune di San Giorgio a Cremano non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE III n. 05743/2015, resa tra le parti, concernente verifica di pregressa per la realizzazione di un varco su muro condominiale, abbattimento barriere architettoniche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Condominio di Corso Umberto N. 59;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2017 il Cons. Giuseppa Carluccio e uditi per le parti gli avvocati Tozzi e Mainelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Ai fini di una migliore comprensione della vicenda, è utile soffermarsi su un diverso giudizio tra le stesse parti. Nel 2008, -OMISSIS-, portatore di un grave handicap con invalidità al 100%, in riferimento alla realizzazione di un varco di accesso con cancello scorrevole nel muro perimetrale comune, che circonda oltre all'edificio del quale fa parte l'appartamento di proprietà da lui abitato al piano terra (condominio A), anche un altro edificio (condominio B), dello stesso complesso edilizio, presentò una DIA.

Il Comune lo diffidò dall'avviare i lavori e il Tar (con sentenza del maggio 2010) rigettò il ricorso dallo stesso proposto. Ravvisò l'assenza del titolo di legittimazione a richiedere la DIA per le opere di straordinaria manutenzione in mancanza del nulla osta condominiale, secondo quanto prescritto dalla normativa di attuazione regionale, essendo stata nelle more del giudizio prodotta solo l'autorizzazione del condominio B.

Negli stessi anni la domanda di annullamento proposta dal-OMISSIS- nei confronti della delibera condominiale del condominio A, che aveva negato il nulla osta, venne rigettata dal Tribunale civile (agosto 2010).

2. Nel marzo 2010, il-OMISSIS- presentò una nuova DIA. Il Condominio (A), nel luglio dello stesso anno, lamentò al Comune il mancato accertamento dei requisiti per la DIA e, nel dicembre del 2011, diffidò l'Amministrazione alla verifica dei requisiti.

Dopo che, successivamente alla comunicazione di avvio del procedimento di verifica (del febbraio 2012) il Comune era restato inerte, il Condominio adì il

Tar deducendo (artt. 31 e 117 c.p.a.) il silenzio/rifiuto/inadempimento sulla diffida alla verifica della DIA chiesta nel dicembre 2011.

Il Tar, con sentenza n. 4538 del 2013, accolse il ricorso e ordinò di concludere il procedimento di verifica.

3. In adempimento di tale sentenza, l'Amministrazione ha emanato la nota n. 38284 del 2013, con la quale, verificata l'autorizzazione paesaggistica e la documentazione in atti, ha ritenuto l'intervento rientrante nell'attività di edilizia libera, ai sensi dell'art. 6, comma 1 del d.p.r. n. 380 del 2001.

Il suddetto provvedimento è stato impugnato con ricorso dal Condominio (A) ed è stato accolto dal Tar con la sentenza del 2015, in epigrafe, che ha annullato il provvedimento impugnato.

Ha proposto appello il-OMISSIS-, affidato a sei motivi.

Il condominio si è costituito ed ha depositato memoria in prossimità della Camera di consiglio dell'aprile 2016 – fissata per la deliberazione della istanza di sospensione della provvisoria esecutività della impugnata decisione - nella quale la trattazione della causa è stata rinviata all'udienza pubblica per il merito.

Alle memorie dell'appellante, ha replicato il condominio.

Il Comune non ha svolto difese.

DIRITTO

1. Vanno preliminarmente esaminati i primi quattro motivi di appello, con i quali il-OMISSIS- ripropone censure processuali avanzate in primo grado, che il primo giudice ha rigettato.

1.1. Con i primi tre motivi, strettamente connessi, si deduce la violazione degli artt. 1130 e 1131 c.c. unitamente a vizi motivazionali.

Si sostiene il difetto di legittimazione attiva del Condominio, originario ricorrente:

a) per essere stato il ricorso proposto dall'amministratore, senza preventiva autorizzazione dell'assemblea – non essendo idonea l'autorizzazione del 2014, neanche richiamata in ricorso e prodotta successivamente - come sarebbe

stato necessario, non potendosi sostenere, come ha fatto il Tar, che l'atto impugnato per elusione del giudicato rientrava tra gli atti conservativi ai sensi dell'art. 1130 c.c., con conseguente rappresentanza dell'amministratore ex art. 1131 c.c., e che era irrilevante la successiva delibera autorizzativa di ratifica del 2015;

b) per essere stato il ricorso proposto dall'amministratore di un solo condominio (quello A dove si trova l'appartamento dell'istante) e non anche da quello B, mentre il muro del cui varco si tratta circonda un unico complesso di cui fanno parte i due edifici con autonomi condomini, essendo erroneo quanto sostenuto dal Tar, secondo cui, se per la difesa dei beni comuni è legittimato anche un solo condòmino a maggior ragione è legittimato un solo condominio, rilevando, invece secondo l'appellante, il condominio come soggetto di diritto distinto dai suoi partecipanti.

1.1.1. Entrambi i profili di censura vanno rigettati.

Sulla base della giurisprudenza della Corte di cassazione, il ricorso del condominio avverso un atto che legittima le opere incidenti sul bene comune è stato correttamente ricondotto tra gli atti del tipo conservativo, perché volto a conservare l'esistenza delle parti comuni dell'edificio, con conseguente legittimazione dell'amministratore e irrilevanza della preventiva autorizzazione assembleare e della successiva ratifica del suo operato (Cass. civ. n. 10865 del 2016, n. 1623 del 2011, n. 13611 del 2000).

Così, pure se, sulla base della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 1650 del 2015, n. 10219 del 2002, n. 2106 del 2000), ciascun comproprietario, in quanto titolare di un diritto che investe l'intera cosa comune, è legittimato ad agire o resistere in giudizio per la tutela della stessa nei confronti dei terzi o di un singolo condòmino, anche senza il consenso degli altri partecipanti, è corretto inferirne – come ha fatto il giudice di primo grado – che nella specie sia legittimato anche un solo condominio per un bene comune a più condomini.

1.2. Con il quarto motivo si denuncia la violazione dell'art. 79 c.p.a., per avere il Tar negato la sospensione del giudizio in attesa di quello civile sull'impugnazione della delibera di ratifica dell'operato dell'amministratore del 2015, ritenendolo non elemento condizionante la controversia.

1.2.1. Anche tale censura è infondata. Infatti, se l'amministratore poteva rappresentare il condominio in un atto conservativo, secondo quanto sopra esplicitato, cade ogni profilo che involga la pregiudizialità della causa civile in ordine alla validità della delibera di ratifica dell'operato dell'amministratore.

2. Con la sentenza impugnata, che ha accolto il ricorso del condominio, il Tar ha così essenzialmente argomentato:

- a) la legittimità della nota impugnata è radicalmente inficiata dalla mancanza di verifica della disponibilità dell'immobile in capo al richiedente della DIA (art. 2 del DPGRC n. 381 del 2003, regolamento attuativo della legge urbanistica della regione Campania n. 19 del 2001); verifica che era stata conclusa negativamente nella precedente sentenza Tar del 2010 che concerneva la pregressa DIA del 2008;

- b) la nota impugnata fa rientrare l'intervento nell'attività edilizia libera ex art. 6, comma 1, lett. b) del d.P.R. n. 380 del 2001, ritenendo la sostanziale riconducibilità dello stesso alla tipologia di un intervento per l'abbattimento di barriere architettoniche della l. n. 13 del 1989, senza che questa riconduzione sia sorretta da alcuna evidenza documentale, né emerga dalla fase istruttoria, né sia ricavabile dalla sentenza Tar del 2013, in adempimento del quale la nota è stata emanata;

- c) comunque, anche a voler ritenere applicabile tale normativa, l'apertura del varco carrabile non rientra tra gli interventi liberi realizzabili: - perché, ex art 2 l. n. 13 del 1989, le innovazioni devono essere approvate con le maggioranze previste dall'art. 1120, secondo comma c.c. e, quindi, quelle previste dall'art. 1136, commi secondo e terzo; perché, comunque, l'art. 1120, comma quarto c.c., vieta innovazioni che rendono non utilizzabili parti comuni anche ad un solo condòmino, mentre nella specie – dalla stessa relazione del richiedente

DIA – emerge l’oggettiva inutilizzabilità per gli altri condomini del cancello aperto, della parte del muro condominiale sul quale il cancello insiste, dell’area condominiale retrostante il muro.

2.1. Tali argomentazioni sono impugnate dal-OMISSIS- con il quinto e sesto motivo, invocando la violazione dell’art. 97 Cost., in relazione all’eccesso di potere per contraddittorietà e, soprattutto, la violazione della legge n. 13 del 1989. L’appellante sostiene che resta incomprensibile l’argomentazione del giudice che trova illegittimo il riferimento nella nota impugnata all’abbattimento delle barriere architettoniche in mancanza di riscontro a tale problematica in atti, atteso che nella stessa sentenza del 2013, della cui attuazione si tratta con l’atto impugnato, il Tar aveva imposto all’amministrazione di concludere il procedimento aperto con la DIA, considerando proprio il profilo dell’abbattimento degli ostacoli architettonici.

2.2. La censura è fondata e va accolta, con conseguente riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso proposto dal Condominio dinanzi al Tar.

Il giudice è incorso in due errori decisivi.

Il primo è che ha ritenuto non legittima, da parte del provvedimento impugnato, la riconduzione della specie di intervento edilizio al suo esame alle norme previste in tema di abbattimento di barriere architettoniche, rilevando il mancato esplicito riferimento alla legge n. 13 del 1989 negli atti di richiesta del privato e nella sentenza del 2013, della cui attuazione si trattava.

Il secondo è che, nell’ipotizzare l’applicabilità della suddetta disciplina, si è spinto oltre l’ambito proprio della sua giurisdizione, relativa al rapporto privato/amministrazione, sconfinando nell’ambito proprio della giurisdizione ordinaria concernente il rapporto tra privati.

2.2.1. Quanto al primo profilo, se è vero che nella DIA manca ogni esplicito richiamo alla legge n. 13 del 1989, è innegabile che altrettanto esplicitamente la richiesta è effettuata da un condòmino invalido al 100% per risolvere il problema dell’accesso con l’auto alla sua abitazione. Inoltre, è innegabile che la sentenza del 2013, che aveva condannato l’amministrazione a concludere la

verifica dell'istanza presentata dal privato, aveva espressamente chiesto di fare la verifica alla luce della disciplina "di portata derogatoria ed ispirata ad inequivoco *favor* nei confronti dei soggetti portatori di handicap", di cui alla legge in argomento.

Dalla erronea mancata riconduzione dell'intervento alla legge di favore è derivata, poi, l'illegittimità erroneamente ravvisata per non avere il provvedimento verificato la disponibilità dell'immobile in capo al richiedente mediante l'esibizione dei nulla osta rilasciati dai due condomini. Infatti, se – all'esito della valutazione della documentazione presentata dal privato da parte della Amministrazione – l'intervento rientrava nell'ambito delle opere che non sono sottoposte a titolo abilitativo (art. 6, comma 1, lett. b, TUE, nella versione applicabile *ratione temporis*), ogni verifica della disponibilità dell'immobile in capo all'istante sotto il profilo del nulla osta dei condomini A e B al fine di avanzare istanza per il rilascio del titolo abilitativo è superflua e, correttamente, pertanto, l'Amministrazione non l'ha compiuta.

Comunque, in presenza di un'istanza all'Amministrazione era sufficiente verificare – come è stato fatto richiamando la qualità di condòmino con disabilità al 100% - l'esistenza di una posizione qualificata con la cosa, idonea - fermi restando i diritti dei terzi - a legittimare il portatore di handicap, proprietario dell'appartamento di cui fa parte il condominio, ad avanzare una richiesta per lavori volti ad eliminare barriere architettoniche. Posizione qualificata sicuramente esistente per una richiesta di titolo abilitativo non necessario (art. 6 cit.), se si considera che, ai sensi di legge (art. 78, comma 2, TUE, riproduttivo dell'art. 2 della l. n. 13 del 1989), il portatore di handicap può financo realizzare a proprie spese alcune opere per le quali il titolo abilitativo sia richiesto (es. allargamento porta di accesso all'immobile) se non ottiene il nulla osta del condominio.

Resta da precisare che le opere in argomento, per l'identificazione delle quali non vi è discussione tra le parti, consistono nella realizzazione di un varco di accesso con cancello scorrevole nel muro perimetrale comune. Esse

rientrano, all'evidenza, tra quelle di edilizia libera si cui all'art. 6 in argomento, nella formulazione applicabile *ratione temporis*, essendo escluse dalle opere libere solo quelle che comportano la realizzazione di rampe, di ascensori esterni, di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio.

Né vi è nella specie alterazione della sagoma dell'edificio. Infatti, secondo la giurisprudenza consolidata, la sagoma è la conformazione planovolumetrica della costruzione ed il suo perimetro considerato in senso verticale ed orizzontale, ovvero il contorno che viene ad assumere l'edificio, ivi comprese le strutture perimetrali con gli aggetti e gli sporti (*ex plurimis*, C.d.S, VI, n. 1564 del 2013); conseguente è l'esclusione dell'alterazione della sagoma in caso di aperture che, come nel caso di specie, non prevedano superfici sporgenti (Cass. pen., n. 19034 del 2004).

2.2.2. Quanto al secondo profilo, il giudice ha ommesso di fermarsi al confine della valutazione del rapporto privato/amministrazione, l'unico rilevante nell'ottica del giudizio di annullamento di un atto emanato all'esito della conclusione del procedimento di verifica delle condizioni della DIA. Invece, ha invaso il campo, riservato al giudice civile, dei rapporti tra privati, soffermandosi sull'art. 1120, ultimo comma c.c., in riferimento al divieto, anche per il portatore di handicap, di opere su bene comune che limitino l'uso comune degli altri condomini. Quindi, quanto il giudice dice circa l'oggettiva impossibilità di utilizzo a favore di tutti i condomini (sia del varco, sia della parte retrostante al varco), con conseguente divieto dell'opera ex art. 1120 c.c., non poteva essere oggetto di esame, essendo il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'atto che qualifica di edilizia libera le opere per le quali era stato richiesto un inutile titolo abilitativo. Se il condominio ritiene che le opere realizzate ledano l'uso comune di parti comuni agli altri condòmini, potrà, eventualmente, rivolgersi al giudice civile.

3. In conclusione, l'appello è accolto e, in riforma della sentenza appellata, è rigettato il ricorso proposto dinanzi al Tar.

Le spese seguono la soccombenza, con condanna del Condominio al pagamento in favore del-OMISSIS- delle spese ed onorari, liquidati in euro 1.000,00 (mille/00) per il primo grado e in euro 5.000,00 (cinquemila/00) per l'appello, oltre accessori come per legge.

Le spese sono interamente compensate nei due gradi di giudizio nei confronti del Comune.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso proposto dinanzi al Tar.

Le spese seguono la soccombenza, con condanna del Condominio al pagamento in favore del-OMISSIS- delle spese ed onorari, liquidati in euro 1.000,00 (mille/00) per il primo grado e in euro 5.000,00 (cinquemila/00) per l'appello, oltre accessori come per legge.

Le spese sono interamente compensate per i due gradi di giudizio nei confronti del Comune.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art.22, comma 8 D.lg.s. 196/2003, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Giuseppa Carluccio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppa Carluccio

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO