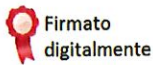


Publicato il 03/08/2020

N. 04898 /2020 REG.PROV.COLL.
N. 03775/2018 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3775 del 2018, proposto da Immobiliare 31 s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Guido Romanelli in Roma, via Cosseria n. 5;

contro

Comune di Vedano al Lambro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Alessandra Bazzani, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

Annalisa Mariani, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Travi, Raffaella Chiummiento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaella Chiummiento in Roma, via del Viminale 43;

Maria Bossi non costituita in giudizio;

nei confronti

Solealto s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, 27 marzo 2018, n. 809, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vedano al Lambro e di Annalisa Mariani;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2020 il Cons. Diego Sabatino e rilevato che l'udienza si svolge ai sensi dell'art. 84 comma 5 del Dl. n. 18 del 17 marzo 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Rilevato che ai sensi dell'art. 4 del D.L.30 aprile 2020, n.28 gli avvocati Umberto Grella, Aldo Travi e Maria Alessandra Bazzani depositano istanza di passaggio in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 3775 del 2018, Immobiliare 31 s.r.l. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, 27 marzo 2018, n. 809, con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro il Comune di Vedano al Lambro, Annalisa Mariani e Maria Bossi e con l'intervento ad adiuvandum di Keller & Associates s.r.l. per l'annullamento, previa sospensione, con tutti gli atti preordinati, consequenziali e connessi, della deliberazione del Consiglio comunale di Vedano al Lambro n. 15 del

25.3.2009;

iri subordinate, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della società AUS srl a realizzare corpi di fabbrica anche in sopraelevazione ed ampliamento all'esistente a distanza inferiore a dieci metri (fino a 9 metri), del manufatto realizzato dai signori Bossi e Mariani, come se tale manufatto risultasse irrilevante dal punto di vista urbanistico-edilizio-privatistico.

I fatti di causa possono essere così riassunti.

Con il ricorso in prime cure, Aus s.r.l. ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale è stata approvata la deroga alle distanze previste dalla disciplina urbanistica comunale in relazione ad una variante di progetto presentata dalle controinteressate per la realizzazione di un ascensore e di un vano scala all'esterno della sagoma dell'immobile di loro proprietà in applicazione della legislazione sull'eliminazione delle barriere architettoniche.

In seguito a tale approvazione, il progetto si trova a un confine di 9 metri invece che di 10 rispetto alla costruzione della ricorrente.

A sostegno del proprio ricorso l'istante ha dedotto la violazione degli artt. 3, 97 e 117 della Costituzione, della legge n. 241/1990, della legge n. 13/1989, della legge n. 1150/1942, del d.lgs. n. 267/2000, del d.P.R. n. 380/2001, della legge regionale n. 12/2005 e n. 6/1989, oltre che la violazione del PRG di Vedano al Lambro, del principio di tipicità degli atti amministrativi e l'eccesso di potere per sviamento, illogicità, contraddittorietà, contrasto con precedenti manifestazioni di volontà, travisamento di fatto e di diritto, difetto di motivazione, carenza d'istruttoria, ingiustizia manifesta, illegittimità derivata, disparità di trattamento.

Si sono costituiti in giudizio il Comune intimato e le controinteressate, che hanno chiesto la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito.

E' intervenuta in giudizio ad adiuvandum Keller & Associates S.r.l., nella sua qualità di nuova proprietaria dell'immobile che in precedenza era della ricorrente.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 14 marzo 2018 il ricorso è stato discusso e deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla natura delle opere realizzate, mirate all'eliminazione di barriere architettoniche.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante Immobiliare 31 s.r.l. (già Keller & Associates s.r.l. e subacquirente dell'immobile, evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo come motivi di appello le originarie censure, meglio descritte in parte motiva.

Nel giudizio di appello, si sono costituiti il Comune di Vedano al Lambro e Annalisa Mariani, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 7 giugno 2018, l'esame dell'istanza cautelare veniva rinviato al merito.

Alla pubblica udienza del 6 giugno 2019, la Sezione richiedeva adempimenti istruttori, con ordinanza 18 giugno 2019 n. 4110, disponendo di "acquisire:

a) dal Comune di Vedano al Lambro, una relazione fotografica esplicativa (atteso che la produzione fotografica agli atti risulta indecifrabile) sulle opere realizzate, anche all'interno dell'edificio;

b) dalle parti controinteressate, una relazione tecnica che illustri quali soluzioni alternative sono state considerate e per quali ragioni sono state scartate, allegando idonea documentazione sulle valutazioni allora fatte."

Alla pubblica udienza del 2 luglio 2020, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.
2. - La disamina della vicenda deve necessariamente partire dall'esame delle opere

realizzate e dalla loro corretta sussunzione all'interno delle categorie giuridiche dell'edilizia.

La questione in esame attiene infatti due diversi manufatti: il primo è un ascensore esterno al perimetro dell'edificio; il secondo è un vano scala, realizzato in sostituzione delle scale originariamente interne e posto parimenti all'esterno della sagoma dell'immobile, contornando il citato ascensore.

Il giudice di prime cure ha considerato i due detti manufatti in maniera unitaria, inquadrandoli entrambi nell'area di applicazione della legislazione sull'eliminazione delle barriere architettoniche, sulla base di una doppia considerazione. In primo luogo, ha ripreso la nozione di barriere architettoniche, contenuta nell'art. 2, lett. A), punti a) e b), d.m. 14 giugno 1989 n. 236, rubricato "Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata e agevolata, ai fini del superamento e della eliminazione delle barriere architettoniche", che le definisce "gli ostacoli fisici che sono fonte di disagio per la mobilità di chiunque ed in particolare di coloro che, per qualsiasi causa, hanno una capacità motoria ridotta o impedita, in forma permanente o temporanea", ovvero "gli ostacoli che limitano o impediscono a chiunque la comoda e sicura utilizzazione di parti, attrezzature e componenti". In secondo luogo, ha affermato che "Appare pertanto evidente che fra tali ostacoli debbono annoverarsi le scale dei palazzi a più piani, non affrontabili in assoluto da soggetti deambulanti con sussidi ortopedici, o comunque fonte di affaticamento - e, dunque, di "disagio" - per chiunque, a causa dell'età o di patologie di varia natura, abbia ridotte capacità di compiere sforzi fisici. Invero, non può ragionevolmente negarsi che l'installazione di ascensori costituisca anche rimozione di barriere architettoniche."

La detta affermazione, in relazione alla prima delle due opere de qua, appare del tutto condivisibile, proprio per le ragioni espresse (e già scrutinate da questo giudice d'appello, Cons. Stato, VI, 5 marzo 2014, n. 1032) che rimarcano come l'utilizzo di un ascensore, in sostituzione delle scale, elimini gli ostacoli determinati

dalle scale.

Meno condivisibile e, anzi, del tutto perplesso, è l'inquadramento, peraltro non motivato, nella stessa categoria concettuale anche delle scale esterne, ossia delle opere che determinano l'attuale contenzioso (atteso che, come evidenzia l'appello – pag. 9 – “è proprio la parte esterna della scala – larga 1,50 metri – a trovarsi illegittimamente ed illecitamente ex DM LL PP 02.04.1968 nella fascia dei 10 metri dalla parete finestrata dell'edificio della società ricorrente”).

A tal proposito, occorre ricordare che la finalità della legge 9 gennaio 1989, n. 13 "Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati" è quella di permettere, come recita l'art. 2, “le innovazioni da attuare negli edifici privati dirette ad eliminare le barriere architettoniche” e, a questo fine, introduce una serie di agevolazioni ai fini autorizzatori. Pertanto, la norma è teleologicamente diretta ad eliminare le barriere e solo in funzione di tale obiettivo possono avere spazio le dette agevolazioni.

Nel caso in esame, per l'abbattimento della barriera architettonica, ossia la scala interna, si opera in due sensi diversi: per un verso, si realizza il citato ascensore, il che appare compatibile, come sopra detto, con la ratio legis; per altro verso, le scale preesistenti vengono spostate all'esterno dell'edificio, con recupero degli spazi interni e contestuale ampliamento degli spazi abitabili. Questa seconda fase realizzativa appare del tutto ultronea e non collegata con la prima. Infatti, la mera traslazione di una barriera da un luogo fisico ad un altro non concretizza l'eliminazione voluta dalla legge (anche quando questo concetto venga interpretato nel senso ampliativo sopra indicato che permette che la rimozione degli ostacoli avvenga con un'opera aggiunta a quella esistente), per l'evidente ragione che gli ostacoli permangono, seppur diversamente localizzati, perpetuando la situazione avversata dal legislatore.

Conclusivamente, mentre può sicuramente concordarsi col T.A.R. in relazione all'inquadramento tra le opere di cui alla legge 9 gennaio 1989, n. 13 del citato

ascensore, deve invece escludersi che la scala esterna qui in scrutinio possa essere considerata opera di abbattimento di barriere architettoniche.

Una volta meglio inquadrata la problematica in esame, appaiono facilmente scrutinabili le doglianze proposte.

3. - Con il primo motivo di diritto, viene lamentato come il T.A.R. Lombardia ha ommesso di pronunciarsi sul primo motivo, con cui è stata dedotta l'illegittimità dell'atto impugnato perché la deroga edilizia non può essere concessa in sanatoria.

3.1. - La censura è fondata e va accolta.

Occorre ricordare come il permesso di costruire in deroga di cui all'art. 14, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 sia un istituto di carattere eccezionale rispetto all'ordinario titolo edilizio e rappresenta l'espressione di un potere ampiamente discrezionale che si concretizza in una decisione di natura urbanistica, da cui trova giustificazione la necessità di una previa delibera del Consiglio comunale. In tale procedimento il Consiglio comunale è chiamato ad operare una comparazione tra l'interesse pubblico al rispetto della pianificazione urbanistica e quello del privato ad attuare l'interesse costruttivo e, come ogni altra scelta pianificatoria, la valutazione di interesse pubblico della realizzazione di un intervento in deroga alle previsioni dello strumento urbanistico è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione dispone in materia e dalla quale discende la sua sindacabilità in sede giurisdizionale solo nei ristretti limiti costituiti dalla manifesta illogicità e dall'evidente travisamento dei fatti (da ultimo, Cons. Stato, IV, 24 ottobre 2019, n.7228).

L'esistenza di una così particolare articolazione procedimentale evidenzia una incompatibilità funzionale e strutturale con l'ordinario sistema della sanatoria edilizia di cui all'art. 36 del t.u. dell'edilizia approvato con d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, che richiede la conformità dell'intervento da assentire non solo allo strumento urbanistico vigente all'epoca dell'edificazione sine titolo, ma anche a quello vigente al tempo in cui è domandata la sanatoria.

Infatti, in primo luogo, va valorizzato la necessaria previa deliberazione del

consiglio comunale, che contempla anche le specifiche garanzie partecipative per i soggetti interessati. Quindi, la considerazione dei contrapposti interessi dei soggetti che potrebbero subire pregiudizio dal rilascio del titolo e un simile iter procedimentale sono evidentemente incompatibili con una valutazione postuma di tali dati. Per altro verso, il titolo sanante ai sensi dell'art. 36 è rilasciato all'esito di un diverso procedimento collegato alla sussistenza del requisito della doppia conformità delle opere sia al momento della realizzazione dell'intervento senza titolo, sia al momento della presentazione della domanda di sanatoria alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente.

Pertanto, è ben condivisibile l'affermazione del principio secondo il quale il permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici è istituito di carattere eccezionale giustificato dalla necessità di soddisfare esigenze straordinarie rispetto agli interessi primati garantiti dalla disciplina urbanistica generale e, in quanto tale, applicabile esclusivamente entro i limiti tassativamente previsti dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 14, e mediante la specifica procedura.

Ciò porta ad escludere che possa essere rilasciato "in sanatoria" dopo l'esecuzione delle opere e che, anzi, sia "esclusa, pertanto, nel vigente ordinamento l'esistenza di poteri di sanatoria in deroga" (Cons. Stato, V, 30 agosto 2004, n.5622; Cass. pen., III, 31 marzo 2011, n.16591).

3.2. - Il motivo va quindi respinto e consente di ritenere assorbito il terzo motivo di appello, dove si lamenta l'erroneità dell'appellata sentenza laddove ritiene che la delibera consiliare impugnata sia sufficientemente motivata con richiamo ad un'autonoma valutazione che avrebbe operato l'organo competente in esecuzione della sentenza intervenuta tra le parti che aveva annullato per incompetenza il precedente atto dirigenziale, così convalidandolo.

Vista la necessità della necessaria partecipazione procedimentale sopra evidenziata, anche il tema della motivazione avrebbe dovuto essere valutato in funzione di tale esigenza ma resta comunque superato dall'incompatibilità giuridica di una delibera

di autorizzazione in deroga, comunque argomentata, con il procedimento di sanatoria.

4. - Con il secondo motivo, viene censurata la sentenza appellata nella parte in cui ha riconosciuto che le nuove opere realizzate siano assoggettabili alla generale disciplina per il superamento delle barriere architettoniche, ritenendole – quindi – esonerate dal rispetto delle distanze legali tra costruzioni ai sensi degli artt. 78 e 79 del DPR 380/2001 e dall'art. 19 della LR Lombardia 6/1989.

4.1. - Il motivo è fondato in relazione a quanto già evidenziato in relazione all'inquadramento delle opere de qua.

Si può pertanto fare rinvio in generale a quanto già evidenziato, con una ulteriore addenda in relazione alla valutazione contenuta in sentenza per cui il nuovo corpo edilizio realizzato e formato dall'ascensore e dalle scale esterne costituisca idonea soluzione tecnica migliorativa per consentire agli utenti l'uscita dall'ascensore direttamente sul pianerottolo così superando la precedente criticità rappresentata da ostacoli fisici situati all'uscita dall'ascensore, senza che siano state provate possibili ulteriori alternative.

In primo luogo, deve notarsi come, secondo il principio dell'onere della prova, di cui all'art. 2697 cod. civ., la prova del fatto favorevole deve gravare sulla parte che se ne giova che, in questo caso, è la parte che voleva conseguire l'autorizzazione in deroga. È pertanto erronea l'affermazione del T.A.R. per cui sarebbe stata la controparte quella incaricata di fornire la dimostrazione dell'esistenza di soluzioni alternative

Per altro verso, va evidenziato come a seguito dell'istruttoria disposta con ordinanza 18 giugno 2019 n. 4110, è emerso come fossero comunque prospettabili soluzioni alternative a quella realizzata, sebbene con costi e oneri diversi. Il che rende evidente come, anche da questo punto di vista, la soluzione adottata non fosse necessitata né unica. Ovviamente, è da considerare il tema dell'onerosità ma questo non è presupposto considerato dalla normativa e quindi idoneo a mutare l'assetto degli interessi delineato dal legislatore.

Anche il secondo motivo di diritto deve quindi essere accolto.

5. - È invece irrilevante il quarto motivo di ricorso, dove si lamenta come il T.A.R. Lombardia abbia omesso di esaminare la questione di costituzionalità sollevata in via subordinata nel ricorso introduttivo e riproposta in appello.

Infatti, dal momento in cui non sussistono i requisiti per l'applicazione del procedimento in deroga, appare inapplicabile al caso concreto la disciplina regionale evocata, sulla quale la parte appellante solleva questione di costituzionalità.

Pertanto, non dovendo essere applicata la detta disciplina, viene a mancare l'indispensabile requisito della rilevanza per portare la vicenda all'attenzione della Corte costituzionale.

6. - L'appello va quindi accolto, con le precisazioni sopra indicate in relazione alla diversità delle opere realizzate. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Le spese processuali possono essere compensate in relazione alla parziale novità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Accoglie l'appello n. 3775 del 2018 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, 27 marzo 2018, n. 809, accoglie il ricorso di primo grado;

2. Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere

L'ESTENSORE

Diego Sabatino

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO

