

Pubblicato il 09/04/2018

Sent. n. 134/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 298 del 2016, proposto da
Spiaggia D'Argento s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dagli avvocati Claudio e Matteo Di Tonno, presso il cui studio domicilia in Pescara, viale Regina
Elena, n.49;

contro

Comune di Fossacesia, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Di
Sciascio, presso il cui studio domicilia in Pescara, piazza Unione, n.33;
Associazione tra Enti Locali per l'Attuazione del Patto Territoriale Sangro-Aventino, Suap Sangro
Aventino non costituito in giudizio;

nei confronti

Anna Letizia D'Angelo non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 9138 del 5 luglio 2016 del Responsabile del 3° Settore-Urbanistica ed
Edilizia del Comune di Fossacesia di diniego di rilascio del parere urbanistico richiesto dalla società
ricorrente per la realizzazione di una piattaforma elevatrice a servizio di un fabbricato adibito a
ricettività turistica;

della nota prot. n. 9995 del 21 luglio 2016 con cui lo stesso responsabile di Settore comunica alla
società che i lavori inerenti la realizzazione della suddetta piattaforma debbano ritenersi eseguiti in
assenza del titolo abilitativo e quindi abusivi.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2018 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi
l'avv. Claudio Di Tonno per la società ricorrente e l'avv. Alessandro Di Sciascio per il Comune
resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n. 298/2016 la società ricorrente, quale comodataria di un immobile sito in
Fossacesia località Lungomare, oggetto di ristrutturazione assentita con permesso di costruire prot.
28 del 12.06.2013, e successive varianti, nonché con il parere favorevole della Sovrintendenza prot.
n. 1091 del 23.01.2013, avendo inoltrato presso il S.u.a.p. del patto territoriale sangroaventino una
s.c.i.a. n.82736 in data 11.05.2016 per la realizzazione di una piattaforma elevatrice a servizio del

fabbricato adibito ad attività turistica, impugnava, chiedendone l'annullamento, la nota prot. n. 9138 del 5.07.2016 con cui si comunicava l'avvio delle procedure di repressione di cui all'art. 31 d.p.r. n. 380/2001 per opere realizzate in assenza di titolo abilitativo e la successiva del 21.07.2016 con cui si acclarava la natura abusiva dell'intervento.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 19 della legge n.241/1990 (nel testo precedente le modifiche apportate del d.lgs. 30.06.2016 n.126) in combinato disposto con gli artt. 4 e 7 del d.p.r. 7.09.2010 n.160, artt. 41 e 42 Cost.;

Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, falso presupposto di fatto e di diritto, difetto di istruttoria, elusione dei principi di semplificazione e celerità amministrativa;

Nel caso di specie sono decorsi tutti i termini per l'adozione da parte dell'autorità competente di qualsivoglia motivato provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti dannosi. Sono infatti spirati senza che sia sopravvenuta alcuna determinazione da parte dell'autorità competente ex comma 3, sia il termine ordinario di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione, che il termine di trenta giorni relativo alla s.c.i.a. in materia ex comma 6 bis.

L'attività di cui si discute deve ritenersi legittimamente assentita ed il parere comunale del 16.06.2016 come il successivo atto del 27.07.2016 non appaiono certamente idonei ad elidere la legittimità dell'intervento. Infatti il provvedimento del 27.07.2016 risulta adottato da un'amministrazione non competente, al di fuori dei termini perentori di legge, e carente di motivazione circa i presupposti di fatto che legittimerebbero un intervento dell'amministrazione oltre i richiamati termini ossia la presenza di un accertato pericolo per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute e la sicurezza pubblica o la difesa nazionale. I provvedimenti gravati non recano alcuna motivazione sull'esistenza del pericolo prescritto dalla normativa e sul previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare i suindicati interessi mediante adeguamento dell'attività alle norme vigenti. L'esercizio di un potere di autotutela imporrebbe comunque l'avvio di un procedimento in contraddittorio con gli interessati, a valutazione comparativa degli interessi in gioco, ed il rispetto di un termine ragionevole.

2) Violazione di legge ex artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990, d.p.r. n. 160/2010, regolamento edilizio comunale, d.p.r. n. 380/2001, l.r. n. 75/1995, eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto, travisamento degli atti istruttori, violazione dei principi di tipicità e di favore per l'eliminazione delle c.d. barriere architettoniche, incompetenza funzionale in materia di esercizio delle attività extralberghiere;

Irrilevante è il mancato rispetto della distanza minima di 5 metri dal confine di proprietà imposto dal regolamento comunale approvato con delibera C.C. n.4/2006 poiché il vano ascensore di cui si discute non è definibile come costruzione e quindi non assoggettabile alla disciplina delle distanze legali. L'ascensore viene espressamente considerato come un elemento che deve essere necessariamente previsto dai progetti relativi alla costruzione di nuovi edifici ovvero per la ristrutturazione di interi edifici (cfr Cass. Sez. II 3 agosto 2012 n.1486). Anche la giurisprudenza amministrativa ha qualificato come "volume tecnico" l'incremento volumetrico destinato ad ospitare un impianto di ascensore, data la sua finalità tesa ad eliminare le barriere architettoniche (cfr C.d.S. 5.12.2012 n.6253). Il locale regolamento edilizio, tra l'altro, ha espressamente incluso i locali motore ascensore tra i vani accessori esterni agli alloggi unitamente ai vani scala, alle centrali elettriche, ed agli altri locali di servizio tecnico. (cfr art. 7 del reg.), così come espressamente previsto anche per i balconi aperti, le pensiline, le scale esterne a sbalzo. A sua volta l'art. 11 del regolamento prescrive che tutti gli edifici devono possedere i requisiti prescritti dalla legge n. 13/1989 in modo da evitare impedimenti, ostruzioni ed ostacoli, indicati come barriere architettoniche, e facilitare la vita di relazione con persone dalle ridotte capacità motorie.

Nel caso concreto l'ascensore risulta funzionale a superare gli ostacoli per le persone con ridotta mobilità, per la fruibilità di un immobile destinato ad attività di affittacamere, non potendo, per evidenti ragioni tecniche, essere posizionato al suo interno.

La questione relativa alla destinazione ad attività di affittacamere dell'immobile, di esclusiva competenza del S.u.a.p. ai sensi dell'art. 29 della l.r. n.75/1995 e 4 e 7 del d.p.r. n.160/2010, non ha alcuna relazione con l'oggetto della s.c.i.a. scrutinata nei provvedimenti gravati. Il Comune di Fossacesia ha aderito al S.u.a.p. dell'Associazione dei Comuni che, ai sensi dell'art. 40 del reg. ed. cit., è competente per tutte le attività riguardanti impianti produttivi di beni e servizi, agricole, commerciali e artigiane e per le attività turistiche ed alberghiere. Per poter svolgere l'attività di affittacamere l'immobile detenuto da parte ricorrente, ai sensi dell'art. 27 della legge regionale n.75/1995 deve possedere le caratteristiche strutturali edilizie ed igienico sanitarie previste dalle leggi e dai regolamenti igienici edilizi comunali.

Circa l'assoggettabilità dell'intervento al preventivo parere della Soprintendenza vale comunque il parere favorevole rilasciato dalla Soprintendenza sul progetto di ristrutturazione che riguardava anche la realizzazione dell'ascensore di cui si discute.

Il provvedimento risulta viziato da difetto di istruttoria e falso presupposto in fatto per essere stato adottato senza un preliminare confronto tra il progetto assentito dalla Soprintendenza e quello oggetto di s.c.i.a.: entrambi concernono il medesimo ascensore che, per l'effetto, in termini di compatibilità paesaggistica deve ritenersi positivamente valutato e la sua realizzazione risulta comunque tempestiva rispetto alla durata quinquennale dell'autorizzazione paesaggistica (art. 146 comma 4 d.lgs. n. 42/2004).

Costitutosi il Comune di Fossacesia esprimeva che il permesso di costruire n.29 del 12.06.2013 tra le sue prescrizioni includeva il divieto di realizzare l'impianto ascensore posto all'esterno del fabbricato oggetto di ristrutturazione, che la ditta, in spregio a quanto comunicato dall'amministrazione resistente aveva avviato e concluso i lavori di che trattasi, che l'ascensore quale costruzione va assoggettato al rispetto delle distanze tra le costruzioni, che la s.c.i.a. per un fabbricato con destinazione a civile abitazione andava presentata al Comune e non al Suap, e instava infine per il rigetto del ricorso siccome infondato.

Alla pubblica udienza di discussione del 23.03.2017 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento come di seguito argomentato.

Nel giudizio si controverte in ordine alla legittimità degli atti inibitori e del parere urbanistico sfavorevole adottati dal Comune di Fossacesia sulla s.c.i.a. inoltrata in data 11.05.2016 dalla società ricorrente al Suap dell'associazione di Comuni del patto territoriale sangroaventino, per la realizzazione, ai sensi della legge n. 13/1989, di una piattaforma elevatrice a servizio di un fabbricato da destinare ad attività ricettiva, situato in località lungomare del Comune di Fossacesia, in area assoggettata a vincolo paesaggistico e già oggetto di oggetto di ristrutturazione edilizia con p.c. prot. 28/2013, e successive varianti, nonché con il parere favorevole della Soprintendenza prot. n. 1091 del 23.01.2013.

2.1 Preliminarmente va esaminata rivestendo carattere pregiudiziale, la censura con cui si contesta l'incompetenza del Comune di Fossacesia poiché intervenuto in luogo del S.u.a.p. cui era stata inoltrata l'istanza.

Il motivo è infondato, dal momento che, la normativa di cui al d.p.r. n. 160 del 2010 nel concentrare in capo al S.u.a.p. la gestione del procedimento unico per il rilascio di atti autorizzatori relativi allo svolgimento di attività produttive, non può valere ad esautorare le competenze e le funzioni demandate per legge agli altri enti od organi deputati o preposti all'adozione di atti inerenti interessi pubblici a vario titolo coinvolti nel procedimento. Come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale (cfr. da ultimo, Corte Cost. 21.01.2010 n. 15), lo Sportello Unico costituisce una sorta di "procedimento dei procedimenti", ovvero un iter procedimentale unico in cui confluiscono e si coordinano atti ed adempimenti, rientranti nella competenza di Amministrazioni diverse, ma tutti richiesti dalla normativa vigente affinché l'esercizio dell'attività ovvero l'impianto produttivo possano essere legittimamente realizzati. In questa prospettiva, quelli che in precedenza erano provvedimenti autonomi, ciascuno dei quali adottato con un procedimento a se stante, diventano "atti istruttori" finalizzati all'adozione dell'unico provvedimento conclusivo, costituente titolo per la realizzazione dell'intervento richiesto. Dal punto di vista procedurale, quindi, la responsabilità

dell'intero procedimento è trasferita allo sportello unico che trasforma, in forza di un collegamento funzionale, i singoli procedimenti gestiti da Amministrazioni diverse in fase endoprocedimentali di un procedimento unitario. Esso costituisce pertanto l'unico punto di accesso per il richiedente in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti la sua attività produttiva e fornisce, altresì, una risposta unica e tempestiva in luogo di tutte le pubbliche amministrazioni comunque coinvolte nel procedimento. In sostanza la normativa dello sportello unico si è limitata ad introdurre esclusivamente un modello procedimentale, ossia uno strumento di raccordo tra le Amministrazioni competenti a determinare la decisione finale e a consentire di concentrare in una sola struttura la responsabilità dell'unico procedimento (cf. T.a.r. Lazio, Sez. II, 5.10.2010 n. 32684).

L'art. 4 comma 2 del d.p.r. n. 160/2010, in tema di funzioni ed organizzazione del Suap, costituisce una norma di raccordo tra le funzioni del Suap e quelle degli altri uffici comunali e le amministrazioni pubbliche diverse dal Comune interessato deputate al rilascio di atti autorizzatori, nulla osta e pareri o atti di consenso, anche a contenuto negativo, ma giammai può incidere sulla distribuzione delle competenze fra i vari organi. Ed infatti il successivo comma 6 nell'attribuire al Suap le competenze dello Sportello Unico dell'edilizia produttiva fa comunque salva ogni diversa disposizione dei Comuni interessati.

La censura di incompetenza del Comune intimato va quindi disattesa.

2.2 Va altresì esclusa la fondatezza del rilievo circa la tardività dell'intervento comunale in presenza di un'inibitoria che, nella ricostruzione di parte ricorrente, sarebbe intervenuta oltre il termine perentorio di trenta giorni sancito dall'art. 19 comma 6 della legge n. 241/1990.

In materia edilizia, l'art. 23 bis del d.p.r. n. 380/2001, stabilisce che, nei casi in cui si applica la disciplina della segnalazione certificata di inizio attività di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, prima della presentazione della segnalazione, l'interessato può richiedere allo sportello unico di provvedere all'acquisizione di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, necessari per l'intervento edilizio, o presentare istanza di acquisizione dei medesimi atti di assenso contestualmente alla segnalazione. Lo sportello unico comunica tempestivamente all'interessato l'avvenuta acquisizione degli atti di assenso. Se tali atti non vengono acquisiti entro il termine di cui all'articolo 20, comma 3 (sessanta giorni), si applica quanto previsto dal comma 5-bis del medesimo articolo. In caso di presentazione contestuale della segnalazione certificata di inizio attività e dell'istanza di acquisizione di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, necessari per l'intervento edilizio, l'interessato può dare inizio ai lavori solo dopo la comunicazione da parte dello sportello unico dell'avvenuta acquisizione dei medesimi atti di assenso o dell'esito positivo della conferenza di servizi.

Nella specie rispetto alla realizzazione della piattaforma elevatrice in argomento è mancato il necessario atto di assenso comunale richiesto dal S.u.ap. con nota prot. n. 6792 del 10.06.2016, e su cui il Comune è tempestivamente intervenuto, entro i prescritti sessanta giorni, con la comunicazione dei motivi ostativi prot. n. 9138 del 5.07.2016 ex art. 10 bis di cui all'atto prot. n. 8290 del 16.06.2016 e con il successivo parere negativo prot. n. 8290 del 16.06.2016, confluito nell'accertamento prot. n. 9995 del 21.07.2016 della natura abusiva dell'intervento che risultava interamente eseguito come da nota prot. 9862 del 19.07.2016.

In tale sede, pertanto, il parere tecnico conclusivo del procedimento edilizio, pur avendo natura endoprocedimentale all'interno dell'iter avviato innanzi al S.u.a.p., costituisce atto avente autonomia e diretta efficacia lesiva e suscettibile di immediato gravame.

3. Nel merito va escluso il rilievo opposto per la prima volta in sede di costituzione dal Comune di Fossacesia, e non facente parte della motivazione del provvedimento impugnato, circa la contrarietà dell'intervento oggetto della s.c.i.a. in argomento alle prescrizioni imposte in sede di rilascio del permesso di costruire n.29 del 12.06.2013 che includeva il divieto di realizzare l'impianto ascensore posto all'esterno del fabbricato oggetto di ristrutturazione.

Tale argomento - peraltro contestato dalla ricorrente che sostiene al contrario di non aver realizzato l'ascensore nei termini di cui al p.c. seppur regolarmente approvato - costituisce un motivo nuovo non fatto oggetto del parere negativo impugnato, e pertanto non può essere introdotto in giudizio nel

contesto di una memoria difensiva, quale ulteriore ragione ostativa all'accoglimento dell'istanza. Pacificamente, trattandosi di motivazione non contenuta nell'atto gravato, essa, per costante giurisprudenza, non può essere introdotta per la prima volta in giudizio configurandosi in tal caso come inammissibile integrazione postuma della motivazione di un provvedimento, posto che le giustificazioni ed esplicazioni addotte in sede difensiva in corso di causa dall'Amministrazione possono costituire ampliamento ed elaborazione a supporto di motivi già opposti che devono trovare comunque un addentellato logico nel testo dell'atto amministrativo impugnato.

3.1 Il parere negativo impugnato è motivato sul presupposto che il vano ascensore esterno all'edificio di pertinenza andrebbe qualificato quale "nuova costruzione", pertanto resterebbe assoggettabile alla normativa sulle distanze dalle costruzioni e non sarebbe assentibile non rispettando la distanza minima di 5 metri dal confine di proprietà, nonché poiché privo del prescritto parere paesaggistico. Rispetto all'inquadramento dell'intervento quale "nuova costruzione", parte ricorrente, in presenza di un edificio di più piani oggetto di ristrutturazione, all'interno del quale, incontestatamente, non è possibile installare un ascensore, ha invocato la normativa di cui alla legge n. 13/1989 posta a presidio dell'abbattimento delle barriere architettoniche, che è stata posta a base dell'istanza inoltrata al S.u.a.p..

L'assunto merita di essere condiviso.

In subiecta materia, l'estraneità dell'ascensore al concetto di nuova costruzione, anche ai fini dell'osservanza della normativa sulle distanze, è stata affermata, a più riprese dalla giurisprudenza, anche civile, secondo cui l'ascensore - al pari di quelli serventi alle condotte idriche, termiche etc. dell'edificio principale - rientra fra "i volumi tecnici o impianti tecnologici" strumentali alle esigenze tecnico funzionali dell'immobile (cfr. Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2011, nr. 2566).

Ed infatti la nozione di "volume tecnico", non computabile nella volumetria ai fini in questione, corrisponde a un'opera priva di qualsivoglia autonomia funzionale, anche solo potenziale, perché è destinata solo a contenere, senza possibilità di alternative e comunque per una consistenza volumetrica del tutto contenuta, impianti serventi di una costruzione principale per essenziali esigenze tecnico funzionali della medesima. In sostanza, si tratta di impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione che non possono essere in alcun modo ubicati all'interno di questa, come possono essere - e sempre in difetto dell'alternativa - quelli connessi alla condotta idrica, termica o all'ascensore e simili, i quali si risolvono in semplici interventi di trasformazione senza generare aumento alcuno di carico territoriale. (cfr sulla nozione di "volume tecnico" ex plurimis C.d.S. sez. VI 31.03.2014 n.1512; id. 8.05.2014 n.2363; id. 21.01.2015 n.175). L'inquadramento del vano ascensore quale volume tecnico esclude pertanto la necessità di un suo assoggettamento al previo rilascio di permesso di costruire.

3.2 Quanto al rispetto della normativa sulle distanze in un caso analogo al presente, nella pronuncia n. 6253 del 15.12.2012 il Consiglio di Stato, nel riformare un precedente di segno contrario di questo T.a.r. Abruzzo-Pescara n.87/2012, ha chiarito che: "nell'interpretazione dell'eccezione alla regola del rispetto delle distanze posta dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 79, d.P.R. nr. 380 del 2001, non può prescindersi dal tener conto dell'inserimento della norma - come già rilevato - all'interno della disciplina volta all'eliminazione delle barriere architettoniche nell'interesse dei soggetti portatori di handicap. Ciò rileva non solo e non tanto ai fini di un astratto bilanciamento di interessi, quanto soprattutto nell'accezione da dare a locuzioni ed espressioni tecniche impiegate dal legislatore, quali quella di "spazio o area di proprietà o di uso comune", le quali non possono essere recepite in un'ottica strettamente civilistica, ma vanno calate nell'ambito della normativa tecnica esistente in subiecta materia". Sotto tale profilo è stato ritenuto illegittimo il diniego di rilascio del permesso di costruire per il mancato rispetto delle distanze di cui all'art. 873 cod. civ., applicandosi in ogni caso la deroga di cui all'ultima parte del comma 2 dell'art. 79, d.P.R. nr. 380 del 2001 (cfr in termini vd anche T.a.r. Liguria 20.01.2016 n.97).

Né, sotto altro profilo, può assumere valenza ostativa il disposto di cui al comma 2 dell'art. 3 della legge n. 13 cit. che fa salvo l'obbligo di rispetto delle distanze di cui agli articoli 873 cc. e 907 c.c. che riguarda la sola ipotesi in cui tra le opere da realizzare e i fabbricati alieni non sia interposto

alcuno spazio o alcuna area di proprietà o di uso comune. Di qui si è desunto che, in assenza di spazi o aree di proprietà comune, il comma 2 art. 3 cit. è da interpretarsi nel senso che la distanza minima da mantenersi è di tre metri in quanto il richiamo all'art. 873 deve intendersi riferito solo alla sua prima parte con esclusione delle previsioni dei regolamenti locali (Trib. Genova 13.11.1997).

3.3 Del pari irrilevante si appalesa l'opposta mancanza del prescritto parere paesaggistico, dal momento che parte ricorrente ha allegato agli atti copia del parere favorevole rilasciato ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 sul progetto di ristrutturazione dell'edificio originariamente assentito che includeva altresì la realizzazione dell'ascensore in questione. Detto parere, a ben vedere, è stato altresì recepito, con autorizzazione n. 2 del 7.02.2013 dallo stesso Comune di Fossacesia, quale autorità subdelegata, prima del rilascio del permesso di costruire n.28 del 12.06.2013, sul rilievo che le realizzazioni preventivate non recano pregiudizio alla conservazione delle caratteristiche ambientali dei luoghi interessati dall'intervento, ed in assenza di alcun rilievo di incompatibilità paesaggistica dell'apposizione dell'ascensore sul prospetto esterno del fabbricato. Ai sensi dell'art. 146 comma 4 del d.lgs. n. 42/2004 l'autorizzazione paesaggistica ha durata quinquennale, sicché non essendo decorso il termine di efficacia legislativamente fissato, non si poteva onerare parte ricorrente del rinnovo del procedimento di verifica della compatibilità paesaggistica della opera de qua.

In conclusione, per quanto sopra esposto il ricorso merita accoglimento con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

In ragione della peculiarità delle questioni trattate ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Tramaglino, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Ballorini, Consigliere

L'ESTENSORE

Renata Emma Ianigro

IL PRESIDENTE

Alberto Tramaglino

IL SEGRETARIO