

### Svolgimento del processo

1. Con ricorso introduttivo, notificato in data 5 dicembre 2016 e depositato il 29 dicembre successivo, i ricorrenti hanno impugnato la nota del 4 ottobre 2016, attraverso la quale lo Sportello Unico per l'Edilizia del Comune di ... ha ritenuto, in sintesi, la legittimità della realizzazione, da parte delle controinteressate, di un ascensore esterno nel fabbricato di proprietà comune sito in ...

I ricorrenti sono comproprietari di un appartamento sito al piano terra del predetto immobile, mentre le controinteressate -OMISSIS- sono comproprietarie del primo piano e del sottotetto, situati sempre nel medesimo fabbricato; queste ultime hanno realizzato sulla facciata comune dell'edificio, prospetto nord, un ascensore esterno con involucro in muratura ad uso esclusivo del proprio appartamento, da cui sarebbe derivato il totale accecamento di una finestra al servizio dell'atrio comune e la sensibile diminuzione dell'aerazione e dell'illuminazione della scala comune. Tale intervento edilizio, avviato con una DIA del 2004 e seguito da due istanze di sanatoria nel 2012 e nel 2016, a giudizio dei ricorrenti sarebbe privo dei presupposti di legge, in quanto realizzato in assenza di idoneo titolo edilizio oltre che del consenso dei predetti ricorrenti, quali comproprietari delle parti comuni del fabbricato cui afferisce l'ascensore esterno. Con una diffida datata 22 febbraio 2016, il legale dei ricorrenti ha invitato il Comune ad intervenire per annullare il titolo edilizio, rigettare la richiesta di sanatoria e disporre la riduzione in pristino di quanto realizzato illegittimamente. Con atto datato 4 ottobre 2016, il Comune di ...ha riscontrato tale diffida, evidenziando come "dall'esame della originaria pratica edilizia - Denuncia di inizio attività in data 12/07/2004, prot. n. (...) - non risulta che l'intervento effettuato abbia previsto " il totale accecamento di una finestra a servizio dell'atrio comune" essendo invece rappresentata la realizzazione del nuovo vano ascensore sul fronte nord - ovest previo ampliamento delle finestre esistenti su tale facciata"; è stato altresì affermato che "la denuncia - titolo edilizio da ritenersi idoneo per la realizzazione dell'intervento essendo inquadrabile nella fattispecie dell'art. 22 comma 3 lett. a) del D.P.R. 380 del 2001 - risultava corredata dalla dichiarazione di proprietà resa ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445 del 2000"; infine, è stata fatta riserva di "valutare i presupposti per procedere all'annullamento in autotutela della SCIA in data 24/02/2016, prot. n. (...), in conseguenza dell'esito delle verifiche sopra citate e relativamente alla sussistenza o meno del titolo giuridico di disponibilità ex art. 11 del D.P.R. 380 del 2001 da valutarsi anche con riferimento alla necessità o meno di consenso di tutti i proprietari per la realizzazione di interventi volti alla eliminazione di barriere architettoniche a favore di soggetti portatori di minorazioni fisiche".

Assumendo l'illegittimità della predetta nota, i ricorrenti hanno eccepito - con riferimento alla denuncia di inizio attività del 12 luglio 2004, prot. n. (...), al totale accecamento di una finestra a servizio dell'atrio comune, con ogni pregiudizievole conseguenza, ed alla falsa rappresentazione, da parte delle controinteressate, della realizzazione del nuovo vano ascensore sul fronte nord-ovest previo ampliamento delle finestre esistenti su tale facciata - tramite un'azione di annullamento, l'illegittimità per eccesso di potere e per travisamento del fatto, difetto di istruttoria e difetto assoluto di motivazione.

In ordine alla inidoneità della DIA per la realizzazione dell'intervento, non inquadrabile nella fattispecie di cui all'art. 22, comma 3, lett. a, del D.P.R. n. 380 del 2001, e sulla falsità dell'allegata dichiarazione di proprietà resa dalle controinteressate ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445 del 2000, sono stati dedotti l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. d, 22, comma 3, lett. a, e 10, comma 1, lett. c, del D.P.R. n. 380 del 2001 e dell'art. 31, comma 1, lett. c, della L. n. 457 del 1978, la violazione dell'art. 11, comma 1, e/o dell'art. 23, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 e l'eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento del fatto, difetto di istruttoria e difetto assoluto di motivazione.

Quanto alla sussistenza dei presupposti fattuali e legali per procedere all'annullamento in autotutela ex art. 19 della legge n. 241 del 1990 e ss.mm.ii. e/o ex art. 27 del D.P.R. n. 380 del 2001 della SCIA datata 24 febbraio 2016, prot. n. (...), in conseguenza dell'esito delle verifiche effettuate, alla insussistenza del titolo giuridico di disponibilità ex artt. 11-27 del D.P.R. n. 380 del 2001 e sulla necessità di consenso di tutti i proprietari per la realizzazione degli interventi edilizi de quibus, anche laddove asseritamente volti alla eliminazione di barriere architettoniche a favore di soggetti portatori di minorazioni fisiche, sono stati dedotti l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 27 del D.P.R. n. 380 del 2001, la violazione dell'art. 11, commi 1 e 3, e dell'art. 23, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001, degli artt. 3, 7, 8 e 10 della L. n. 241 del 1990 e ss.mm.ii., la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6, comma 1, del D.L. n. 138 del 2011, convertito in L. n. 148 del 2011, in tema di SCIA, dell'art. 19, commi 4 e 6-ter, e degli artt. 21 e 21-nonies della L. n. 241 del 1990, della L. n. 13 del 1989 e del D.M. n. 236 del 1989, l'eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, il difetto e/o perplessità della motivazione, il travisamento dei fatti e degli atti del procedimento, il difetto e/o l'erroneo apprezzamento di presupposti legittimanti, l'illogicità e contraddittorietà manifesta.

È stata formulata anche una domanda, epressa, di accertamento dell'illegittima realizzazione dell'intervento edilizio e di condanna alla riduzione in pristino ed è stato chiesto infine il risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di ... e -OMISSIS- e -OMISSIS-, che hanno chiesto il rigetto del

ricorso.

2. Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 23 maggio 2017 e depositato il 19 giugno successivo, i ricorrenti hanno altresì impugnato la nota prot. n. (...) datata 23 marzo 2017, trasmessa e ricevuta a mezzo p.e.c. il 28 marzo 2017, a firma del Direttore d'Area 7 e del Responsabile del procedimento del Comune di xxx, avente ad oggetto "riscontro a nota in data 22.02.2016 inerente pratica edilizia n. .../2004 - realizzazione ascensore esterno nel fabbricato sito in ..., -OMISSIS-. Atto di significazione, denuncia e diffida ex art. 27 D.P.R. n. 380 del 2001", con la quale "nell'esercizio delle funzioni assegnate dall'art. 27 del D.P.R. n. 380 del 2001, inerenti la vigilanza sull'attività urbanistico - edilizia nel territorio comunale" non è stata ravvisata "la sussistenza di violazioni tali da consentire (ai sensi della vigente normativa) l'adozione di provvedimenti demolitori relativamente alla realizzazione dell'ascensore esterno de quo agitur".

A sostegno del ricorso sono stati dedotti, in primo luogo, vizi di invalidità derivata rispetto alla nota dirigenziale del 4 ottobre 2016, già impugnata con il ricorso introduttivo.

Successivamente - sulla natura di "volume tecnico" e/o "privo di autonomia funzionale" dell'ascensore esterno realizzato dalle controinteressate e sulla possibilità di soluzioni alternative e meno impattanti/invasive (ad es. montascale interno) - sono stati dedotti la violazione e/o falsa applicazione dei principi normativi ed urbanistico-edilizi generali in tema di "volume tecnico", in particolare degli artt. 3, 6, comma 1, lett. b, e 10 del D.P.R. n. 380 del 2001 in tema di edilizia libera, della vigente disciplina in tema di abbattimento delle barriere architettoniche e in particolare degli artt. 2, 3, 7 e 8 della L. n. 13 del 1989, dell'art. 24 della L. n. 104 del 1992, degli artt. 11, commi 1-3, e 23, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001, dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990 e degli artt. 1102, 1120 e 1121 cod. civ.

Inoltre - con riguardo al titolo edilizio necessario per l'intervento de quo e sulla non configurabilità nella fattispecie di un intervento di "manutenzione straordinaria" - sono stati dedotti l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. b e d, 10, comma 1, lett. c, e 22, comma 3, lett. a, del D.P.R. n. 380 del 2001, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 31, comma 1, lett. c, della L. n. 457 del 1978, la violazione dell'art. 11, comma 1, e/o dell'art. 23, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 e l'eccesso di potere per difetto dei presupposti, per travisamento del fatto, per difetto di istruttoria e per difetto assoluto di motivazione.

Con riferimento all'impossibilità di assentire l'intervento in mancanza del consenso di tutti i comproprietari del bene immobile interessato (facciata ed atrio condominiale), alla grave limitazione dell'uso delle parti comuni, alla sussistenza dei presupposti fattuali e legali per procedere all'annullamento in autotutela ex art. 19 della L. n. 241 del 1990 e ss.mm.ii. e/o ex art. 27 del D.P.R. n. 380 del 2001 della SCIA datata 24 febbraio 2016, prot. n. (...), in conseguenza dell'esito delle verifiche effettuate, alla insussistenza del titolo giuridico di disponibilità ex artt. 11-27 del D.P.R. n. 380 del 2001, alla necessità di consenso di tutti i proprietari per la realizzazione degli interventi edilizi de quibus, anche laddove asseritamente volti alla eliminazione di barriere architettoniche a favore di soggetti portatori di minorazioni fisiche, sono stati eccepiti l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 27 del D.P.R. n. 380 del 2001, la violazione dell'art. 11, commi 1 e 3, e dell'art. 23, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1102 cod. civ., la violazione degli artt. 3, 7, 8 e 10 della L. n. 241 del 1990, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6, comma 1, del D.L. n. 138 del 2011, convertito in L. n. 148 del 2011, in tema di SCIA, dell'art. 19, commi 4 e 6-ter, e degli artt. 21 e 21-nonies della L. n. 241 del 1990, della L. n. 13 del 1989 e del D.M. n. 236 del 1989, l'eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, il difetto e/o perplessità della motivazione, il travisamento dei fatti e degli atti del procedimento, il difetto e/o erroneo apprezzamento dei presupposti legittimanti, illogicità e contraddittorietà manifesta.

Quanto alla SCIA in sanatoria del 24 febbraio 2016, prot. (...), e alla richiesta di permesso di costruire in sanatoria del 12 novembre 2012, prot. (...), e alla natura "essenziale" delle variazioni poste in essere dalle controinteressate e all'impossibilità di assentire la sanatoria in assenza del consenso di tutti i proprietari del bene oggetto di intervento, sono stati eccepiti l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 32, comma 1, e dell'art. 37, commi 3 e 4, del D.P.R. n. 380 del 2001 e dell'art. 54, comma 1, della L.R. n. 12 del 2005, l'eccesso di potere per travisamento del fatto, per difetto di istruttoria, per difetto dei presupposti, per difetto di motivazione e per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca.

Anche con riguardo al ricorso per motivi aggiunti è stato chiesto il risarcimento del danno.

3. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 13 giugno 2018, su conforme richiesta dei difensori delle parti, la controversia è stata trattenuta in decisione.

#### **Motivi della decisione**

1. In via preliminare - e a prescindere dell'effettiva lesività della nota comunale del 4 ottobre 2016 -, va dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto, con l'emanazione del provvedimento del 23 marzo 2017, prot. n. (...), il Comune di ... ha respinto definitivamente la richiesta dei ricorrenti finalizzata ad ottenere un provvedimento di riduzione in pristino dell'intervento edilizio (ossia l'ascensore esterno) realizzato dalle controinteressate, appuntandosi pertanto

su quest'ultimo atto, che è stato oggetto del ricorso per motivi aggiunti, l'interesse concreto e attuale delle parti istanti.

2. Sempre in via preliminare, va esaminata l'eccezione, sollevata in sede di udienza pubblica di discussione dalla difesa comunale, relativamente alla asserita tardività della contestazione formulata dalla difesa dei ricorrenti sulla insussistenza di una situazione soggettiva che avrebbe consentito alle controinteressate la realizzazione di un ascensore, secondo la normativa in materia di superamento delle barriere architettoniche.

2.1. L'eccezione è infondata.

Deve evidenziarsi che sia nella diffida del 22 febbraio 2016 (all. 1 al ricorso, pag. 3, primo periodo), sia nel ricorso introduttivo (pag. 8) e, in maniera ancora più chiara, nel ricorso per motivi aggiunti (pag. 24) le parti ricorrenti hanno sollevato dei dubbi in ordine al possesso, in capo alle richiedenti, dei requisiti soggettivi per beneficiare della normativa in materia di superamento delle barriere architettoniche, rendendo in tal modo infondata l'eccezione formulata dalla difesa comunale; in ogni caso, appare dirimente la circostanza che nella nota del 4 ottobre 2016 - impugnata con il ricorso introduttivo - il Comune si è riservato espressamente di verificare "la sussistenza o meno del titolo giuridico di disponibilità ex art. 11 del D.P.R. n. 380 del 2001 da valutarsi anche con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali sulla necessità o meno di consenso di tutti i proprietari per la realizzazione di interventi volti alla eliminazione di barriere architettoniche a favore di soggetti portatori di minorazioni fisiche".

Quindi lo stesso Sportello Unico per l'Edilizia comunale si è impegnato a verificare la sussistenza, in capo ad almeno una delle controinteressate, dei presupposti soggettivi per l'applicazione della normativa in materia di superamento delle barriere architettoniche.

2.2. Ciò determina il rigetto della predetta eccezione.

3. Passando all'esame del merito del ricorso per motivi aggiunti, lo stesso è fondato secondo quanto di seguito specificato.

4. Vanno scrutinate preventivamente la seconda e la terza censura del ricorso per motivi aggiunti, da trattare congiuntamente in quanto strettamente connesse, attraverso le quali si contesta la qualificazione dell'intervento di costruzione dell'ascensore esterno quale attività di manutenzione straordinaria, essendo invece richiesto per la realizzazione di tale attività edilizia il previo rilascio di un permesso di costruire, che presupporrebbe il consenso dell'intero condominio, nella fattispecie mai acquisito, oltre alla dimostrazione della sussistenza di una condizione di disabilità, mai comprovata da parte delle controinteressate.

4.1. Le doglianze sono fondate nei sensi di seguito specificati.

Va premesso che, secondo il più recente indirizzo giurisprudenziale, l'installazione di un ascensore all'esterno di un condominio non richiede il permesso di costruire, trattandosi della realizzazione di un volume tecnico, necessaria per apportare un'innovazione allo stabile, e non di una costruzione strettamente intesa (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 9 aprile 2018, n. 134; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 30 giugno 2017, n. 1479; T.A.R. Liguria, I, 29 gennaio 2016, n. 97).

Tuttavia, l'intervento edilizio in questione non può prescindere dall'acquisizione del consenso della maggioranza dei condomini dello stabile interessato, come previsto dalla normativa civilistica in materia di innovazioni condominiali (art. 1120 cod. civ.).

Difatti, l'art. 78 del D.P.R. n. 380 del 2001 stabilisce che "1. Le deliberazioni che hanno per oggetto le innovazioni da attuare negli edifici privati dirette ad eliminare le barriere architettoniche di cui all'articolo 27, primo comma, della L. 30 marzo 1971, n. 118, ed all'articolo 1 del D.P.R. 24 luglio 1996, n. 503, nonché la realizzazione di percorsi attrezzati e la installazione di dispositivi di segnalazione atti a favorire la mobilità dei ciechi all'interno degli edifici privati, sono approvate dall'assemblea del condominio, in prima o in seconda convocazione, con le maggioranze previste dall'articolo 1136, secondo e terzo comma, del codice civile.

2. Nel caso in cui il condominio rifiuti di assumere, o non assuma entro tre mesi dalla richiesta fatta per iscritto, le deliberazioni di cui al comma 1, i portatori di handicap, ovvero chi ne esercita la tutela o la potestà di cui al titolo IX del libro primo del codice civile, possono installare, a proprie spese, servoscala nonché strutture mobili e facilmente rimovibili e possono anche modificare l'ampiezza delle porte d'accesso, al fine di rendere più agevole l'accesso agli edifici, agli ascensori e alle rampe delle autorimesse.

3. Resta fermo quanto disposto dagli articoli 1120, secondo comma, e 1121, terzo comma, del codice civile".

La predetta disposizione è pressoché identica a quella contenuta nell'art. 2 della L. n. 13 del 1989, come modificata con l'art. 27 della L. n. 220 del 2012 (cfr. di recente in giurisprudenza, Cass. civ., VI, 9 marzo 2017, n. 6129).

In primo luogo, va evidenziato che per approvare le innovazioni che sono dirette ad eliminare le barriere architettoniche negli edifici privati è necessario il voto favorevole di tanti condomini che rappresentino almeno metà del valore dell'intero edificio (cfr. art. 1120 c.c. che rinvia al secondo comma dell'art. 1136 c.c.). Nella fattispecie de qua, non risulta affatto dimostrato che le controinteressate siano comproprietarie della metà dell'immobile su cui è stato realizzato l'ascensore e soprattutto non emerge con certezza e in maniera inconfutabile la sussistenza dei presupposti soggettivi in capo ad almeno una di esse per l'applicazione della normativa volta al superamento delle barriere architettoniche: il certificato medico prodotto in giudizio (all. 3 del Comune), oltre a non essere stato rilasciato da una struttura sanitaria accreditata per il formale riconoscimento della condizione di disabilità, non risulta nemmeno ricompreso

nella documentazione prodotta in occasione della presentazione della D.i.a. in data 12 luglio 2004 (cfr. all. 3 delle controinteressate).

Pertanto, il diniego di intervento ripristinatorio opposto dal Comune ai ricorrenti appare illegittimo in relazione alla normativa che regola l'attività amministrativa in materia di rilascio dei titoli edilizi, secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata. Difatti sulla base dell'art. 11 del D.P.R. n. 380 del 2001, il Comune nel verificare l'esistenza in capo al richiedente un permesso edilizio di un idoneo titolo di godimento sull'immobile, non deve risolvere eventuali conflitti di interesse tra le parti private in ordine all'assetto proprietario, ma deve accertare soltanto il requisito della legittimazione soggettiva di colui che richiede il permesso.

In tal senso, l'Amministrazione è tenuta a svolgere un livello minimo di istruttoria che comprende l'acquisizione di tutti gli elementi sufficienti a dimostrare la sussistenza di un qualificato collegamento soggettivo tra chi propone l'istanza e il bene giuridico oggetto dell'autorizzazione, senza che l'esame del titolo di godimento operato dalla p.a. costituisca un'illegittima intrusione in ambito privatistico, essendo finalizzato soltanto ad assicurare un ordinato svolgimento delle attività sottoposte al controllo autorizzatorio.

Dunque, sebbene si debba escludere, anche al fine di non aggravare il procedimento, che l'Amministrazione sia tenuta a svolgere complessi e laboriosi accertamenti, non si può prescindere da una verifica minima e di immediata realizzazione, pena un'insufficiente istruttoria (ex multis, Consiglio di Stato, V, 17 giugno 2014, n. 3096; IV, 6 marzo 2012, n. 1270; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 31 gennaio 2017, n. 235; T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 5 novembre 2015, n. 5137).

Nel caso di specie, quanto evidenziato dai ricorrenti attraverso la diffida del 22 febbraio 2016 avrebbe imposto allo Sportello Unico edilizio di verificare l'effettiva sussistenza dei presupposti legittimanti l'intervento costruttivo, come pure era stato prospettato dallo stesso Ufficio nella comunicazione del 4 ottobre 2016 (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, II, 30 giugno 2017, n. 1479).

Del resto, proprio la peculiarità della disciplina relativa alla eliminazione delle barriere architettoniche (cfr. Cass. civ., VI, 9 marzo 2017, n. 6129) avrebbe richiesto agli Uffici comunali un supplemento di istruttoria, considerata altresì la sollecitazione formulata dai condomini asseritamente danneggiati dalla realizzazione dell'ascensore.

4.2. Pertanto, la scrutinata doglianza vanno accolte, con la conseguente declaratoria di illegittimità del provvedimento comunale del 23 marzo 2017, non avendo il Comune provveduto correttamente in ordine alla richiesta dei ricorrenti di disporre la demolizione dell'ascensore esterno realizzato senza titolo dalle controinteressate.

4.3. Alla fondatezza delle predette censure, previo assorbimento delle restanti doglianze, segue l'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti e il conseguente annullamento del provvedimento comunale del 23 marzo 2017.

5. Le domande risarcitorie formulate sia con riguardo al ricorso introduttivo che al ricorso per motivi aggiunti sono da respingere, in ragione della mancata dimostrazione dei loro elementi costitutivi.

6. In conclusione, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, mentre il ricorso per motivi aggiunti deve essere accolto, con il conseguente annullamento della nota comunale del 23 marzo 2017; le domande di risarcimento del danno devono essere respinte.

7. Le spese, da porre a carico del Comune e delle controinteressate secondo il principio di soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo e accoglie il ricorso per motivi aggiunti; respinge le domande di risarcimento del danno.

Condanna il Comune di ... e le controinteressate -OMISSIS- al pagamento in solido delle spese di giudizio in favore dei ricorrenti nella misura di Euro 2.000,00 (duemila/00) complessivi, oltre oneri legge; dispone altresì la rifusione del contributo unificato sempre in favore dei ricorrenti e a carico del Comune di ... e delle controinteressate in solido.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità delle parti interessate, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.