

N. 00001/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00290/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 290 del 2020, proposto da Federico Banchio e Loredana Costa, rappresentati e difesi dall'avvocato Luca Stendardi, con domicilio digitale come da Pec da Registri di giustizia e domicilio fisico ex art. 25 c.p.a. presso il suo studio in Milano, via Baracchini, 1;

contro

Comune di Cittiglio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuele Boscolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico ex art. 25 c.p.a. presso lo studio dell'avv. Anna Arduino in Milano, corso Buenos Aires, n. 75;

per l'annullamento

dell'ordinanza n. 2 del 14 novembre 2019 contenente ingiunzione alla demolizione di immobile dei ricorrenti, della comunicazione di avvio del procedimento 3/10/2019, del verbale di sopralluogo 6/11/2019 e di tutti gli atti connessi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatrice all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 15 dicembre 2023 la dott.ssa Laura Patelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 30 gennaio 2020 e depositato l'11 febbraio successivo, Federico Banchio e Loredana Costa hanno impugnato l'ordinanza n. 2/2019 del Comune di Cittiglio, con la quale veniva loro ordinata la demolizione di un "manufatto in lamiera, con dimensioni di circa mt. 8,49 x 2,61 ed altezza massima di mt. 2,50, distanza circa 30 cm. dal muro di confine".

2. In particolare, nell'ordinanza si dava conto di aver effettuato un sopralluogo, alla presenza dei proprietari, sugli immobili predetti, catastalmente identificati al foglio 10, mapp. 423 e che nel corso del sopralluogo predetto si era rilevato che "sull'area di cui al mappale n. 423 foglio 10 [...], verso il confine meridionale, insiste un manufatto in lamiera, con dimensioni di circa mt. 8,49 x 2,61 ed altezza massima di mt. 2,50, distante circa 30 cm. dal muro di confine, appoggiato su una serie di traversine in legno posizionate sul terreno"; che "il manufatto risulta realizzato in terreno ricadente in 'Areali agronaturali boscati – Art. 30 N.T. del Piano delle Regole del PGT vigente, soggetto a vincolo paesaggistico ex art. 142 del d.lgs. 22-01-2004 n. 42 per la presenza di boschi".

Nel verbale di sopralluogo si dava inoltre atto che Banchio dichiarava, in relazione all'opera predetta, "che detto manufatto ha sostituito un vecchio manufatto preesistente, di maggiori dimensioni, ma ha dichiarato di non aver presentato alcuna

pratica edilizia per la sostituzione, né possiede atto autorizzativo del preesistente, peraltro non accatastato”.

Ritenuto dunque il manufatto come “opera di nuova costruzione”, il Comune ne ordinava la rimozione e la rimessione in pristino del terreno.

3. Nel corso del procedimento, Banchio indirizzava osservazioni al Comune, precisando (i) che l’area in questione era stata negli anni utilizzata ripetutamente per lo svolgimento di sagre locali (Festa dei Pozziti), sagre a seguito delle quali la struttura baraccale era sempre rimasta in loco, circostanza nota al Comune, e che (ii) a seguito della caduta di alcuni alberi il tetto della baracca aveva riportato danni, con necessità di sostituzione edilizia dei materiali, sostituzione che era in corso.

4. Sul presupposto dell’illegittimità dell’ordinanza di demolizione, i proprietari hanno quindi presentato il ricorso in epigrafe, articolando otto motivi di ricorso e deducendo vizi di (i) “eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti”, poiché il manufatto in questione sarebbe stato costruito in data anteriore al 1967 e comunque sarebbe meramente servente rispetto all’impresa agricola di Loredana Costa; (ii) inoltre, i lavori in corso al tempo del sopralluogo comunale consisterebbero in una mera attività di ristrutturazione con sostituzione di elementi strutturali e mantenimento di sagoma, superficie e volumetria di quanto già esistente; pertanto non sarebbero inquadrabili come opere di nuova costruzione. Non sarebbe poi (iii) stata presa in considerazione l’osservazione, spesa dal privato in sede di sopralluogo, circa la maggiore estensione del fabbricato preesistente, così come (iv) in generale tutte le osservazioni non avrebbero visto una puntuale risposta del Comune. Viene poi (v) dedotta la violazione dell’art. 7 l. 241/90 per omessa notifica dell’avvio del procedimento alla comproprietaria Costa. Sotto ulteriore profilo (vi), il provvedimento sarebbe illegittimo per la necessità di fare applicazione analogica dell’art. 62, comma 1 ter, l.r. 12/2005, disposizione che esonera le serre dalla disciplina del permesso di costruire. I ricorrenti deducono anche (vii) che la zona in

cui ricade l'opera sarebbe solo prativa e non boschiva, con conseguente inesistenza del vincolo paesaggistico affermato dal Comune.

Infine (viii), il provvedimento sarebbe viziato per violazione dell'art. 16 della Nt (norme tecniche) del Pdr (piano delle regole), secondo cui in caso di segnalazione di terzi circa la legittimità di attività costruttive, il Comune dovrebbe procedere entro trenta giorni al riesame del permesso di costruire, termine che non sarebbe rispettato nel caso di specie, in cui l'ordinanza di demolizione sarebbe seguita alla segnalazione del terzo vicino di casa a una distanza temporale superiore.

5. In data 20 maggio 2020, si è costituito in giudizio il Comune di Cittiglio, per resistere al ricorso.

6. In vista dell'udienza di trattazione di merito, le parti hanno depositato documenti e memorie, insistendo nelle rispettive difese.

In particolare, parte ricorrente ha depositato un documento del 2021 di rettifica del piano di indirizzo forestale (Pif), deducendo che attualmente il terreno non sarebbe più classificato come boschivo.

7. Infine, all'udienza straordinaria del 15 dicembre 2023, previa discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Il ricorso – articolato negli otto motivi sopra sintetizzati – è infondato.

9. Con il primo motivo, parte ricorrente non dimostra né l'asserita edificazione anteriore al 1967, né l'affermata immutabilità di sagoma e volumetria del manufatto dopo le opere di ristrutturazione.

Anzi, tale ultimo dato contrasta con quanto affermato dal proprietario Banchio – dichiarazione inserita nel verbale di sopralluogo di cui non consta alcuna querela di falso – circa l'intervenuta modifica in diminuzione dell'estensione del manufatto.

Secondo consolidata giurisprudenza amministrativa, in linea di diritto, l'onere della prova dell'ultimazione entro una certa data di un'opera edilizia, allo scopo di dimostrare che essa rientra fra quelle per cui non era richiesto un titolo edilizio *ratione*

temporis, perché realizzate legittimamente senza titolo, incombe sul privato a ciò interessato, unico soggetto ad essere nella disponibilità di documenti e di elementi di prova, in grado di dimostrare con ragionevole certezza l'epoca di realizzazione del manufatto (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2018, n. 1391; *id.*, 30 luglio 2020, n. 4860; Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 26 agosto 2020, n. 1616). Allo stesso modo, fa capo al proprietario l'onere di provare il carattere risalente del manufatto con riferimento a epoca anteriore alla cd. legge "ponte" n. 761 del 1967, con la quale l'obbligo di previa licenza edilizia venne esteso alle costruzioni realizzate al di fuori del perimetro del centro urbano.

La stessa, prevalente, opinione giurisprudenziale (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3177) ammette un temperamento secondo ragionevolezza nel caso in cui il privato da un lato porti a sostegno della propria tesi sulla realizzazione dell'intervento prima del 1967 elementi dotati di un alto grado di plausibilità (aerofotogrammetrie, dichiarazioni sostitutive di edificazione ante 1.9.1967) e, dall'altro, il Comune fornisca elementi incerti in ordine alla presumibile data della realizzazione del manufatto privo di titolo edilizio, o con variazioni essenziali.

Nel caso di specie, parte ricorrente si limita alla mera allegazione della pre-esistenza del manufatto, senza fornire alcun obiettivo e concreto elemento di prova. Le dichiarazioni scritte di quattro persone fisiche (nemmeno identificate con allegato documento di identità) prodotte agli atti dai ricorrenti restano prive di alcun riscontro esterno e hanno comunque un contenuto generico, relativo all'epoca di inizio di svolgimento della sagra. Pertanto, dette dichiarazioni non superano il vaglio di verosimiglianza.

In altre parole, parte ricorrente non ha adempiuto all'onere probatorio a suo carico di dimostrare specificamente l'epoca di realizzazione del manufatto e la permanenza nel tempo dello stesso, senza modifiche sostanziali.

10. Da quanto sopra osservato, discende anche l'infondatezza del secondo motivo di ricorso per essere irrilevante la consistenza dei lavori successivamente effettuati – se di mera sostituzione edilizia o di nuova costruzione come affermato dal Comune – a fronte dell'assenza di prova della legittima edificazione ante 1967 del manufatto originale.

11. Quanto al terzo, quarto e quinto motivo di ricorso – tutti attinenti ad asserite violazioni procedurali (omesso esame di osservazioni e omessa notifica di avvio del procedimento) – è sufficiente ricordare che l'ordinanza di demolizione è un atto vincolato, che non necessita di specifica motivazione né di comunicazione di avvio del procedimento. L'ordine di demolizione conseguente all'accertamento della natura abusiva delle opere edilizie realizzate, come tutti i provvedimenti sanzionatori edilizi, è, notoriamente, un atto dovuto; l'ordinanza va emanata senza indugio e in quanto tale non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di una misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche secondo un procedimento di natura vincolata precisamente tipizzato dal legislatore e rigidamente disciplinato, che si ricollega ad un preciso presupposto di fatto cioè l'abuso di cui peraltro l'interessato non può non essere a conoscenza, rientrando direttamente nella sua sfera di controllo (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 settembre 2020 n. 1845; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 febbraio 2020, n. 439; id, 27 dicembre 2022, n. 3780). In sostanza il carattere vincolato dei provvedimenti sanzionatori in materia di abusi edilizi rende superflua la comunicazione di avvio del procedimento, dal momento che, salvo ipotesi del tutto residuali non ricorrenti nella fattispecie, non è possibile alcun utile apporto partecipativo dell'interessato (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 31 agosto 2021 n. 2494; Cons. Stato, Sez. II, 22 gennaio 2020, n. 540; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 23 giugno 2020, n. 1950).

Lo stesso vale per le osservazioni dell'interessato, su cui non era necessario prendere specificamente posizione poiché non erano attinenti alla legittima edificazione del manufatto, bensì solo alla consapevolezza dell'esistenza della baracca da parte del Comune, in quanto utilizzata per le sagre.

In proposito, va anche evidenziato che non è predicabile alcun legittimo affidamento dell'interessato al mantenimento di un'opera abusiva in ragione del decorso del tempo.

Come già evidenziato, l'ordinanza di demolizione si pone come atto vincolato, il cui contenuto non è discrezionalmente stabilito dall'ente e non è soggetto ad alcuna valutazione di opportunità e comparazione tra l'interesse privato al mantenimento della costruzione abusiva e quello pubblico alla sua demolizione. Nessun rilievo ha quindi il tempo trascorso dall'epoca di realizzazione delle opere abusive, poiché nessun affidamento può dirsi ingenerato nei proprietari e nessuna comparazione di interessi deve essere effettuata in tale fattispecie.

Sul punto, è sufficiente richiamare i principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017: “nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione sine titulo) è sin dall'origine illegittimo. Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere 'legittimo' in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata. In definitiva, non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria. [...] Si osserva comunque al riguardo che non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia

dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta - e inammissibile - forma di sanatoria automatica o *praeter legem*. [...] Il decorso del tempo dal momento del commesso abuso non priva giammai l'amministrazione del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurando piuttosto specifiche - e diverse - conseguenze in termini di responsabilità in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di un atto che è e resta doveroso nonostante il decorso del tempo. Se pertanto il decorso del tempo non può incidere sull'ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (pur se tardivamente adottata) debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. Deve quindi ribadirsi che, in questi casi, nemmeno si pone un problema di affidamento, che presuppone una posizione favorevole all'intervento riconosciuta da un atto in tesi illegittimo poi successivamente oggetto di un provvedimento di autotutela”.

Alla luce di quanto sopra, i motivi in esame sono infondati.

12. Né può essere utilmente invocata (sesto motivo) nel caso di specie l'applicazione analogica dell'art. 62, comma 1 ter, l.r. 12/2005, disposizione che esonera le serre dalla disciplina del permesso di costruire. Infatti, il manufatto si presenta come una baracca e non ha alcuna caratteristica delle serre, né risulta a tale titolo utilizzato.

13. Anche i rilievi (svolti col settimo motivo) circa l'assenza di alberi nell'area in questione, tali da far escludere il vincolo paesaggistico per l'area boschiva sono generici e infondati.

Infatti, parte ricorrente si limita a una mera affermazione di principio, senza che gli strumenti urbanistici ricognitivi e impostivi del vincolo siano stati tempestivamente contestati.

In tale quadro, è irrilevante allora la modifica del Pif intervenuta nel 2021 –in epoca successiva alle opere e all’ordine di demolizione – volta ad escludere l’area dalle zone boschive, poiché l’area era pacificamente azzonata come boschiva all’epoca di realizzazione delle opere e non risulta comunque presentata alcuna istanza di sanatoria in relazione al nuovo azzonamento.

14. Infine, è infondato anche l’ultimo motivo di ricorso, poiché il termine di trenta giorni a cui fa riferimento la norma del Pdr invocata è anzitutto relativo alla diversa fattispecie di annullamento di un permesso di costruire su segnalazione di terzi – caso diverso da quello di specie in cui invece non esiste alcun titolo edilizio – e in ogni caso, come già evidenziato, l’attività di vigilanza urbanistico-edilizia è doverosa da parte dell’amministrazione senza limiti temporali, tantomeno tali limiti potrebbero essere stabiliti dallo strumento urbanistico in violazione della disciplina statale.

15. Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto.

16. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, come per legge, e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente alla refusione, in favore del Comune di Cittiglio, delle spese di giudizio, liquidate in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre Iva, Cpa e spese generali.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Zucchini, Presidente

Oscar Marongiu, Consigliere

Laura Patelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Laura Patelli

IL PRESIDENTE

Giovanni Zucchini

IL SEGRETARIO