

sentenza
17 giugno 2008
n. 2045

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione 2[^]

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sui ricorsi nn. 2507, 2508, 3195, 3196 del 1988

proposti da

CALLEGARO Rolando

[ricorsi n. 2507/88 e n. 3195/88]

e

TAGLIABUE Fausto

[ricorsi n. 2508/88 e n. 3196/88]

rappresentati e difesi dall'avv. Felice C. Besostri, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Regina Margherita 3

c o n t r o

COMUNE di BRUGHERIO

non costituito in giudizio

e

[ricorsi n. 2507 e n. 2508/88]

REGIONE LOMBARDIA

non costituita in giudizio

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- ordinanza 30 maggio 1988 n. 84, notificata il 2.6.88, emessa dall'assessore all'urbanistica, avente ad oggetto la demolizione di opere abusive realizzate senza concessione edilizia nell'immobile sito in via Toniolo 12; norme tecniche di attuazione del piano regolatore, nella parte in cui non prevedono il rilascio del titolo autorizzatorio per opere costituenti pertinenze di edifici esistenti [ricorsi n. 2507/88 e n. 2508/88, notificati il 15-16.9.88 e depositati il 27.9.88, integrati da motivi aggiunti notificati il 21.12.88 e depositati il 3.1.89];

- silenzio-rifiuto serbato dal Comune sull'istanza di accertamento di conformità presentata il 20.6.1988 ex art. 13 legge n. 47/1985 [ricorsi n. 3195/88 e n. 3196/88, notificati il 10 e depositati il 17.11.88].

Visti i ricorsi e i motivi aggiunti;

Visti atti, memorie e documenti di causa;

Udito, alla pubblica udienza del 5 giugno 2008, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Besostri;

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti, premesso di essere proprietari di un immobile sito in via Toniolo 12, distinto in catasto al foglio 35, map. 12, costituito da un fabbricato, regolarmente assentito, di tre piani fuori terra e un piano seminterrato destinato a civile abitazione, il tutto in zona classificata come BS (residenziale di completamento), espongono:

- di avere adibito il box a deposito merci in relazione alla propria attività di

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

nn.
2507/88
2508/88
3195/88
3196/88
reg. ric.

commercio ambulante;

- di avere, nello spazio libero antistante la casa di abitazione, installato tettoie poggianti su plinti non incorporati al suolo, adibendo tali manufatti a deposito di merce;

- di non avere fruito del condono *ex lege* n. 47/1985, ritenendo l'opera pienamente lecita.

2. Il Comune ha emesso dapprima un'ordinanza di sospensione lavori (ord.za 6.10.1987 n. 142), contestando l'esecuzione di opere abusive così descritte: "piccoli capannoni costituiti da struttura in ferro poggiate su pavimentazione in calcestruzzo con tamponamento di chiusura e copertura in lastre di ondulato traslucido imbullonate alla struttura, adibiti a deposito di articoli casalinghi; modifica di destinazione d'uso di boxes, tettoia in ferro e ondulato traslucido".

Quindi ha ordinato la demolizione di dette opere, in quanto realizzate senza concessione edilizia, e il ripristino dello stato dei luoghi (ordinanza assessoriale 30 maggio 1988 n. 84).

3. Con ricorsi n. 2507/88 e n. 2508/88, di quasi identico tenore, i ricorrenti hanno impugnato detta ordinanza di demolizione, nonché le norme tecniche di attuazione del piano regolatore (adottato dal Comune con delibera consiliare 31.5.1984 n. 5 ed approvato dalla Regione con decreto 24.7.1987 n. 22483) nella parte in cui non prevedono il rilascio del titolo autorizzatorio per opere costituenti pertinenze di edifici esistenti.

Deducano a sostegno dei ricorsi i seguenti motivi:

- l'attività abusiva risalirebbe non ad epoca recente, ma in parte al 1971/72 (modifica di destinazione d'uso del box da garage a deposito, realizzazione di due tettoie ad opera del signor Tagliabue) e in parte al 1980 (realizzazione di altre due tettoie da parte del signor Callegaro); la modifica di destinazione d'uso senza opere non sarebbe sanzionabile in assenza di norme regionali *ad hoc*; le tettoie realizzate nel 1971/72 avrebbero carattere precario, e funzione meramente accessoria rispetto alla costruzione principale esistente, mentre quelle realizzate nel 1980 avrebbero carattere pertinenziale (in quanto utilizzate come deposito provvisorio di merci e ripostiglio a servizio dell'unità principale abitata dal ricorrente) e pertanto, siccome soggette a regime autorizzatorio (ex art. 7 legge n. 94/1982), non sarebbero passibili di demolizione (primo motivo);

- poiché l'area su cui insistono le opere abusive è stata divisa e frazionata tra gli originari comproprietari (Tagliabue e Callegaro), l'ordinanza, diretta indistintamente ad entrambi, senza distinguere quali opere siano state realizzate da ognuno di essi, e quali insistano sulle rispettive aree, sarebbe illegittima per il fatto di imporre a ciascuno dei ricorrenti di demolire (anche) opere che appartengono all'altro (secondo motivo);

- la motivazione multipla del provvedimento (che rileva, da un lato, la mancata ottemperanza alla richiesta di chiarimenti e, dall'altro, l'edificazione di opere senza concessione edilizia) genererebbe perplessità, accomunando altresì opere in diversa situazione giuridica (tettoie realizzate senza titolo e opere realizzate in parziale difformità dalla licenza edilizia n. 15218/5413 rilasciata dal Sindaco nel 1969) (terzo motivo);

- la procedura sanzionatoria sarebbe illegittima a fronte di opere "certamente legittimabili", tanto più in presenza di un'istanza di sanatoria ex art. 13 legge 47/85, che il sig. Tagliabue avrebbe depositato negli uffici comunali il

20.6.1988 (quarto motivo);

- il Comune non avrebbe tenuto conto del lungo tempo trascorso e dell'epoca di realizzazione delle opere, realizzate in un regime che non richiedeva assenso sindacale per il mutamento di destinazione d'uso del box, né licenza edilizia per manufatti precari adibiti a deposito (quinto motivo);
- la demolizione sarebbe misura inappropriata rispetto ad opere facilmente smontabili e rimovibili, in quanto imbullonate al terreno (sesto motivo);
- le sanzioni previste dalla legge n. 47 del 1985 non sarebbero applicabili retroattivamente alle opere (modifica di destinazione d'uso del box e due tettoie) legittimamente realizzate nel 1971/72 in difformità dalle licenze edilizie n. 15218/5413 del 1968 e n. 7177 del 1969 (settimo motivo);
- l'ordinanza sarebbe viziata da incompetenza, non essendo il potere sanzionatorio del sindaco delegabile (ottavo motivo, dedotto solo dal sig. Callegaro).

Quanto alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore, contestualmente impugnate, esse sarebbero illegittime nella parte in cui, prevedendo interventi edilizi diretti solo mediante concessione edilizia, omettono di definire, classificare e individuare le opere soggette a mera autorizzazione ex art. 7 legge n. 94/1982 (nono motivo).

Con motivi aggiunti, premesso di essere stati rinviati a giudizio per il reato di cui all'art. 20, lett. b), della legge 28.2.1985 n. 47 (costruzione senza concessione edilizia) e di essere stati prosciolti con sentenza del Pretore di Monza 4.1.1988, passata in giudicato, i ricorrenti deducono l'illegittimità dell'ordine di demolizione, essendo la demolizione prevista dalla legge per le sole opere soggette a concessione edilizia, e non per quelle soggette ad autorizzazione, sanzionabili ai sensi dell'art. 10 della legge citata.

4. Con i ricorsi n. 3195/88 e n. 3196/88, premesso di avere presentato istanza di accertamento di conformità ex art. 13 legge n. 47 del 1985, i ricorrenti hanno impugnato il silenzio-rifiuto (*recte*, silenzio-rigetto) formatosi su detta istanza, deducendo la violazione del citato art. 13, la violazione dell'obbligo di provvedere, nonché eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione, assumendo che le opere edilizie in questione, realizzate da oltre venti anni, sarebbero manufatti precari infissi al suolo mediante bulloni, facilmente amovibili, di carattere pertinenziale, conformi sia alle norme edilizie ed urbanistiche vigenti al tempo della loro costruzione, sia a quelle in vigore, e dunque assensibili in base al criterio della doppia conformità codificato dall'art. 13 citato.

5. Il Comune non si è costituito in giudizio.

Con ordinanze 5 febbraio 2008 n. 22 e n. 23 il Tribunale ha disposto di acquisire:

- a) copia dell'istanza di accertamento di conformità presentata agli uffici comunali e dell'eventuale provvedimento con cui su detta istanza il Comune avesse in ipotesi, anche tardivamente, provveduto;
- b) ulteriori istanze di sanatoria, nell'eventualità che gli interessati si fossero avvalsi dei condoni edilizi successivi al primo di cui alla legge n. 47/1985;
- c) delega del Sindaco all'assessore per gli affari in materia edilizia e/o urbanistica;
- d) chiarimenti sulle licenze edilizie n. 15218/5413 del 1968 e n. 7177 del 1969 (cui fanno riferimento il terzo ed il settimo motivo) e sul loro oggetto;
- e) eventuali ulteriori chiarimenti che il Comune ritenesse di fornire in rela-

zione ai fatti di causa e ai motivi in diritto dei ricorsi.

Il Comune ha adempiuto con nota 3.3.2008 prot. n. 8823, depositata il 13.3.2008. Con successiva nota 12.5.08 prot. n. 18591, depositata il 13.5.08, ha trasmesso le norme tecniche di attuazione del piano regolatore del 1981 ed il Regolamento edilizio in vigore nello stesso anno.

6. Ciò premesso, il Collegio - ritenuto di riunire, per l'evidente connessione, i ricorsi in epigrafe - osserva quanto segue.

I ricorsi nn. 3195/88 e 3196/88 - da cui occorre prendere le mosse, giacché la loro fondatezza renderebbe improcedibili i ricorsi nn. 2507/88 e 2508/88 - sono infondati.

Non vi è alcuna prova che l'istanza di accertamento di conformità - prodotta in giudizio in copia fotostatica, senza alcun elemento (timbro di protocollo, firma di ricevuta, o altro) che ne attesti l'effettiva presentazione agli uffici comunali - sia pervenuta al Comune.

Nel rispondere alla richiesta istruttoria sul punto, il Comune ha precisato che: a) non è stata rinvenuta in atti comunali alcuna istanza di accertamento di conformità delle opere abusive oggetto del contendere, ex art. 13 legge 47/85, a nome dei ricorrenti o di altri soggetti; b) non risultano presentate agli uffici comunali istanze relative a condoni edilizi disciplinati da leggi successive alla legge 47/85.

Poiché nella normalità dei casi il "mancato rinvenimento di un'istanza" fa presumere che l'istanza non sia stata presentata; poiché di tale presentazione i ricorrenti non hanno fornito prova alcuna; poiché l'ipotesi di uno smarrimento della pratica non è suffragato da alcun elemento neppure indiziario, deve ritenersi che l'istanza di accertamento di conformità non sia stata presentata, con la conseguenza che, non avendo il Comune obbligo alcuno di provvedere su una istanza inesistente, non si è formato silenzio impugnabile, ed i relativi ricorsi sono inammissibili.

7. Passando all'esame dei ricorsi n. 2507/88 e n. 2508/88, va in primo luogo osservato, relativamente alla censura di incompetenza (dedotta con l'ottavo motivo del primo ricorso), che nessuna norma esclude la delegabilità agli assessori delle competenze sanzionatorie attribuite al sindaco in materia edilizia. Nel caso in esame l'ordinanza è stata legittimamente emessa dall'assessore al ramo, in forza della delega conferita con atto sindacale 28.4.1987, come risulta dalla documentazione acquisita dal Comune. La censura è pertanto infondata.

8. Degli altri motivi (dedotti nello stesso ordine e col medesimo tenore in entrambi i ricorsi) è fondato solo il primo, nella parte relativa alla modifica di destinazione d'uso del box.

I ricorrenti assumono di avere adibito il box - legittimamente costruito - a deposito di merci, senza opere edilizie.

L'art. 25, ultimo comma, della legge 28.2.1985 n. 47, nel testo anteriore alle modifiche apportate col decreto-legge 5.10.1993 n. 398 (a sua volta novellato dall'art. 2, comma 60, legge 23.2.1996 n. 662) prevedeva che la variazione d'uso di un immobile senza opere edilizie fosse soggetta ad autorizzazione esclusivamente nei casi indicati dalla normativa regionale (cfr. Cons. Stato V 21.7.99 n. 868).

Poiché l'ordinanza impugnata non fa riferimento alcuno a normative regionali vigenti all'epoca del mutamento di destinazione, né individua opere edilizie, a ciò preordinate, suscettibili di demolizione, essa deve ritenersi *in*

parte qua illegittima, tanto più che l'impiego del box come deposito di cose o di merci non è, nella specie, preordinato allo svolgimento diretto di un'attività *in situ*, che richieda un'autorizzazione *ad hoc*, ma attiene ad un uso di fatto, non rilevante per il diritto, che il proprietario fa della cosa propria (cfr. Cons. Stato V 28.1.97 n. 77).

9. Sono invece infondati tutti i motivi di ricorso che riguardano la tettoia e i c.d. capannoni.

Detti motivi hanno in comune i seguenti argomenti di fondo:

- la vetustà delle opere, realizzate, in tutto o in parte, in epoca in cui non occorre alcun titolo edilizio; - la conformità delle stesse alla normativa urbanistica all'epoca vigente (che ammetteva edifici abitativi con annesso laboratorio artigianale, magazzini e depositi commerciali); - il carattere pertinenziale delle tettoie, adibite a deposito merci, in connessione funzionale con il box, adibito allo stesso uso (correlato all'attività di commercio ambulante svolta dal ricorrente); - la natura precaria di dette opere.

Premesso che la definizione di "capannone" deve ritenersi appropriata per strutture in ferro coperte, e chiuse sui lati, ancorché con "lastre di ondulato traslucido imbullonate alla struttura", osserva il Collegio, in primo luogo, che un'opera abusiva, anche risalente nel tempo, non può ritenersi perciò solo inamovibile, a meno che non si provi che è stata realizzata in epoca in cui la normativa generale e locale non richiedeva alcun assenso edilizio, o che ha beneficiato di un "condono" edilizio, in assenza del quale si applicano le ordinarie sanzioni (cfr. art. 40 legge 28 febbraio 1985 n. 47).

La vetustà dell'opera non esclude infatti il potere di controllo e il potere sanzionatorio del Comune in materia urbanistico-edilizia, perché l'esercizio di tale potere non è soggetto a prescrizione o decadenza; ne consegue che l'accertamento dell'illecito amministrativo e l'applicazione della relativa sanzione può intervenire anche a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'abuso, senza che il ritardo nell'adozione della sanzione comporti sanatoria o il sorgere di affidamenti o situazioni consolidate (Cons. Stato VI 15.3.07 n. 1255, IV 2.6.00 n. 3184).

Il Regolamento edilizio del Comune di Brugherio, in vigore dal 1971, richiedeva già all'epoca la licenza di costruzione per l'esecuzione di opere edilizie (art. 3), comprese le tettoie, per le quali l'art. 7 (settimo comma) si limitava a prevedere una documentazione progettuale semplificata.

La mancanza del titolo edilizio (licenza, concessione, autorizzazione), che i ricorrenti non hanno mai richiesto, neppure in sanatoria, giustifica perciò solo l'adozione di provvedimenti sanzionatori, a prescindere dalla conformità dell'opera alla normativa urbanistica, poiché tale conformità, se esistente, legittima il rilascio del titolo, ma non la permanenza di un'opera priva di titolo.

10. Quanto all'asserita pertinenzialità della tettoia e dei capannoni, è costantemente ribadito in giurisprudenza il principio per cui la nozione di pertinenza, in materia edilizia, è più ristretta di quella civilistica (Cons. Stato V 11.11.04 n. 7324), ed è riferibile a manufatti di dimensioni modeste e ridotte rispetto alla cosa cui ineriscono (Cons. giust. amm. 14.10.97 n. 413).

Di carattere pertinenziale può ritenersi l'opera che, pur avendo una propria individualità fisica ed una propria conformazione strutturale, sia funzionalmente diretta a realizzare un'oggettiva esigenza dell'edificio principale, e sia dotata di un volume minimo, che non consenta una sua destinazione au-

tonoma diversa da quella dell'asservimento all'edificio principale; in ogni caso la strumentalità rispetto all'edificio principale deve essere oggettiva, ossia connaturale alla struttura dell'opera e non può desumersi dalla destinazione soggettivamente data dal proprietario o dal possessore (cfr. Cass.pen. 3[^], 1.6.06 n. 19236, 8.3.06 n. 8177).

La nozione di pertinenza urbanistica, interpretata in modo compatibile con i principi della materia, non può quindi consentire la realizzazione di opere di rilevante consistenza solo perché destinate a servizio od ornamento del bene principale; e il rapporto pertinenziale non può esonerare dalla concessione opere che, da un punto di vista edilizio ed urbanistico, si pongono come ulteriori in quanto occupano aree e volumi diversi rispetto alla *res principalis* (cfr. Cons. Stato 2[^], 21.2.96 n. 1895/95, relativamente ad un box per autorimessa, nonché Cons. Stato V, 23.3.00 n. 1600).

Non sono rinvenibili dunque caratteristiche pertinenziali nel caso in esame, riguardante manufatti (due "capannoni" e una tettoia) che, per dimensioni (come risulta dal grafico allegato al doc. 9), eccedono di gran lunga il box di cui sarebbero "pertinenza", e per giunta sono adibite ad una funzione (deposito merci per esercizio di attività commerciale) non omogenea a quella (residenziale) propria dell'edificio principale, che si identifica con la casa abitazione legittimamente realizzata in base alle licenze edilizie n. 15218 del 26.8.1968 e n. 7177 del 5.8.1969.

In proposito il Comune ha chiarito che dette licenze riguardano la costruzione di un fabbricato di civile abitazione e la relativa recinzione, cioè costruzioni regolarmente assentite che nulla hanno a che vedere con le opere abusive realizzate successivamente.

11. Quanto all'asserita precarietà delle strutture in questione, va ribadito che il carattere precario di un'opera non discende dalla qualità dei materiali, o dal sistema costruttivo, né dalla facilità di rimozione del manufatto, né dall'intenzione dell'esecutore, bensì dalla destinazione obiettiva dell'opera, nel senso che non può ritenersi precaria o provvisoria un'opera che risponde ad esigenze permanenti, e non temporanee (Cass. pen. 3[^], 6.7.06 n. 23513; Cons. Stato V, 19.9.06 n. 5469; TAR Valle d'Aosta, 20.12.06 n. 179; TAR Milano 2[^], 22.3.99 n. 905); tali non possono ritenersi tettoie o capannoni destinate a deposito merci, volte a soddisfare esigenze durature, come dimostra la loro esistenza *in situ* da lungo tempo.

Alla stregua di tali premesse devono essere respinti il primo (salvo quanto detto per il box), il quarto, il quinto, il sesto, il settimo motivo.

12. Il secondo motivo è infondato, perché la circostanza che l'area interessata dagli abusi sia stata frazionata e divisa tra gli originari proprietari, autori dell'abuso (e firmatari entrambi dell'istanza di "riesame e revoca" in data 18.11.1987: doc. 7), non inficia la legittimità dell'ordinanza, la quale va eseguita da ciascuno dei proprietari per la parte di rispettiva pertinenza.

Parimenti infondato è il terzo motivo, in quanto il duplice rilievo contenuto nell'ordinanza - che cioè gli interessati non hanno fornito chiarimenti e che le opere sono prive di concessione edilizia - non dà luogo affatto "a motivazioni disparate e giuridicamente indipendenti ... che creano notevole perplessità in ordine all'identificazione del potere di cui l'Amministrazione ha inteso avvalersi", stando solo a significare che gli autori dell'opera non hanno fornito alcun elemento idoneo a comprovarne la legittimità.

D'altro canto, le opere da demolire sono sufficientemente individuate, e

giuridicamente accomunate dal fatto di essere prive di titolo edilizio, non essendovi elementi a sostegno della dedotta difformità parziale di alcune di esse rispetto alla licenza edilizia n. 15218 rilasciata nel 1969.

13. Il nono motivo (ottavo nel ricorso n. 2508/88) - che investe le norme tecniche di attuazione del piano regolatore nella parte in cui, prevedendo interventi edilizi diretti solo mediante concessione edilizia (art. 13), omettono di definire, classificare e individuare le opere soggette a mera autorizzazione ex art. 7 legge 25 marzo 1982 n. 94 (di conversione del decreto-legge 25 gennaio 1982 n. 23) - è infondato sia perché gli stessi ricorrenti riconoscono che "le norme di legge esplicano immediata validità ed efficacia anche in difetto di apposita norma locale che le recepisca", sia perché le opere abusive di cui trattasi esulano dalla nozione di pertinenza, senza considerare che la presunta "lacuna" della normativa tecnica non avrebbe comunque impedito ai ricorrenti di avvalersi dei rimedi (accertamento di conformità; condono edilizio) offerti dall'ordinamento di settore per sanare gli abusi edilizi.

14. Neppure hanno fondamento, infine, i motivi aggiunti, con cui si deduce che il proscioglimento in sede penale dei ricorrenti, rinviati a giudizio per il reato di cui all'art. 20, lett. b), della legge 28.2.1985 n. 47 (costruzione senza concessione edilizia), comporterebbe l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, non essendo passibili di demolizione opere che non richiedono concessione edilizia.

A parte il fatto che la sentenza del Pretore di Monza 4.1.1988 non è stata prodotta, che non è dato quindi conoscerne i contenuti, e che non vi è prova del giudicato, il proscioglimento in sede penale vincola il giudice amministrativo solo relativamente alla materialità dei fatti accertati, ma non preclude una diversa valutazione della fattispecie ai fini dell'applicazione delle sanzioni edilizie di carattere amministrativo.

15. Per le considerazioni esposte i ricorsi nn. 2507 e 2508 del 1988 meritano accoglimento nella sola parte dell'ordinanza di demolizione che fa riferimento alla modifica della destinazione d'uso del box, mentre i ricorsi nn. 3195 e 3196 del 1988 vanno dichiarati inammissibili. Si ravvisano ragioni sufficienti per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, riuniti i ricorsi in epigrafe:

- accoglie i ricorsi n. 2507 e n. 2508 del 1988 nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto annulla l'ordinanza impugnata nella sola parte relativa alla modifica di destinazione d'uso del box;

- dichiara inammissibili i ricorsi n. 3195 e n. 3196 del 1988.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 5 giugno 2008, con l'intervento dei magistrati:

Mario	Arosio	presidente
Carmine	Spadavecchia	consigliere, estensore
Carmine	Russo	referendario
L'estensore		Il presidente