

N. 00175/2010 REG.SEN.
N. 02567/2006 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 2567 del 2006 e successivi motivi aggiunti, proposti da:

La Gona Angelo, rappresentato e difeso dall'avv. Nadia Restivo, con domicilio eletto presso quest'ultima in Milano, via Corridoni, n. 6;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Anna Maria Moramarco, Maria Rita Surano e Armando Tempesta, domiciliato presso l'Avvocatura Comunale in Milano, via della Guastalla, n. 8;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale, dell'ordinanza n. 568308 del 19.6.2006 del Comune di Milano, Settore Sportello Unico dell'Edilizia, con cui è stata ordinata al sig. La Gona la demolizione delle opere ivi indicate; di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso al

precedente;
per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,
quanto ai motivi aggiunti, del provvedimento prot. rif. 568308/06 del
17.1.2008 del Comune di Milano, Settore Sportello Unico
dell'Edilizia; per quanto possa occorrere, del verbale di sopralluogo di
verifica del 4.12.2007, di ogni altro atto preordinato, connesso e
conseguenziale.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 il dott.
Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori Nadia Restivo per il
ricorrente; Anna Maria Moramarco per il Comune di Milano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ordinanza prot. n. 568308/2006 del 19.6.2006, il Comune di
Milano – Settore Sportello Unico per l'Edilizia, ingiungeva al sig.
Angelo La Gona la demolizione di una serie di opere edilizie repute
abusive, realizzate sull'area di proprietà di quest'ultimo sita in Via
Muggiano, foglio 496, mappali 57 e 210.

Contro la citata ordinanza era proposto ricorso, senza domanda
cautelare, per i motivi che possono così essere sintetizzati:

- 1) violazione delle norme sul procedimento amministrativo ex art. 7 della legge 241/1990; ove il ricorrente lamenta che l'atto impugnato non è stato preceduto dalla rituale comunicazione di avvio del procedimento di cui al citato art. 7;
- 2) falsa e mancata applicazione degli articoli 31 e 36 DPR 380/2001, difetto di istruttoria ex art. 3 legge 241/1990, violazione dell'art. 1 della legge 241/1990 e dell'art. 97 della Costituzione. Con tale motivo si sostiene l'illegittimità del provvedimento di demolizione in quanto lo stesso, prima della sua adozione, avrebbe dovuto essere preceduto dall'avviso al proprietario della possibilità di ottenere sanatoria edilizia ex art. 36 DPR 380/2001;
- 3) falsa applicazione dell'art. 31, comma 2 e 3, del DPR 380/2001, eccesso di potere per contraddittorietà del provvedimento, difetto di motivazione ex art. 3 legge n. 241/1990, difetto d'istruttoria ex art. 3 della legge 241/1990. Secondo l'esponente, il Comune, in violazione dell'art. 31, comma 2, del Testo Unico dell'Edilizia, non avrebbe indicato con chiarezza l'area che sarebbe stata acquisita di diritto in caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione;
- 4) difetto di presupposto ex art. 3 legge 241/1990, falsa applicazione dell'art. 31, comma 3, del DPR 380/2001; ove si sostiene che l'Amministrazione sarebbe incorsa in errore nel calcolo del terreno da acquisire gratuitamente in caso di inottemperanza, in quanto avrebbe incluso opere regolarmente assentite;
- 5) falsa applicazione dell'art. 31 del DPR 380/2001, dell'art. 41,

comma 13.4, delle NTA del PRG vigente, difetto di istruttoria ex art. 3 legge 241/1990. Nel mezzo, l'esponente sostiene che una delle opere di cui è ordinata la demolizione (costruzione in muratura ad uso ufficio), non sarebbe in realtà abusiva, in quanto realizzata prima dell'imposizione sull'area del vincolo ambientale ai sensi della legge 431/1985;

6) falsa applicazione dell'art. 31 DPR 380/2001, dell'art. 41 comma 13.4 delle NTA del vigente PRG e dell'art. 64 comma 1.6 del Regolamento Edilizio del Comune, difetto di istruttoria ex art. 3 legge 241/1990; con il quale si lamenta la violazione delle citate disposizioni delle NTA e del Regolamento, in quanto molte delle opere indicate come abusive sarebbero in realtà mere pertinenze, riconducibili ad interventi di straordinaria manutenzione;

7) falsa applicazione dell'art. 31 del DPR 380/2001, dell'art. 41 comma 6 delle NTA del PRG vigente, difetto di istruttoria ex art. 3 legge 241/1990. Attraverso l'ultimo motivo, si sostiene che la recinzione di cui è stata ordinata la demolizione sarebbe in realtà un'opera consentita dalle vigenti norme tecniche di attuazione.

Successivamente al deposito del ricorso, i tecnici del Comune effettuavano un sopralluogo sull'area del ricorrente in data 4.12.2007, nel corso del quale era constatata l'inottemperanza dell'ordine di demolizione.

Con provvedimento del 17.1.2008, l'Amministrazione comunale, richiamato l'art. 31 comma 4 del Testo Unico dell'Edilizia, disponeva

l'acquisizione gratuita dell'area al patrimonio comunale.

Contro tale ultimo atto, era proposto ricorso per motivi aggiunti, con domanda di sospensiva, con cui erano svolte le seguenti censure:

1) invalidità derivata dal pregresso ordine di demolizione, con riproposizione di tutti i mezzi di gravame già svolti nel ricorso principale;

illegittimità per vizi propri, con i seguenti nuovi motivi:

2) violazione degli articoli 31 e 36 DPR 380/2001, violazione dell'art. 3 della legge 241/1990, difetto di istruttoria, di presupposto e di motivazione;

3) mancata applicazione dell'art. 31, commi 2, 3 e 4 del DPR 380/2001, degli articoli 1 e 3 della legge 241/1990, degli articoli 832, 834, 2659 comma 1 n. 4, 2672 e 2826 del codice civile, difetto di istruttoria, di presupposto e di motivazione, violazione dei principi di correttezza, legittimità, trasparenza e certezza del diritto, nonché del principio del contraddittorio. Con tale mezzo, si denuncia l'erroneità del procedimento seguito dall'Amministrazione e finalizzato all'acquisizione gratuita dell'area al patrimonio comunale;

4) eccesso di potere per incongruità e contraddittorietà intrinseca ed estrinseca.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata, eccependo preliminarmente la tardività del ricorso per motivi aggiunti e chiedendo che – in ogni caso – quest'ultimo ed il ricorso principale fossero respinti nel merito.

In esito all'udienza in camera di consiglio del 7.5.2008, il Collegio, con ordinanza n. 690/2008, accoglieva la domanda di sospensione del provvedimento di acquisizione gratuita, impugnato con motivi aggiunti, ritenendo sussistente la violazione dell'art. 31 del Testo Unico dell'Edilizia.

Alla successiva pubblica udienza del 14.1.2010, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo del ricorso principale, è denunciata la presunta violazione dell'art. 7 della legge 241/1990, in quanto l'ordine di demolizione non sarebbe stato preceduto dall'avviso di avvio del procedimento.

Il motivo è infondato, in quanto il sig. La Gona ha avuto in ogni caso conoscenza dell'avvio del procedimento amministrativo, al momento in cui i tecnici comunali hanno effettuato in data 1.6.2006 il sopralluogo sull'area di sua proprietà, accertando l'esistenza delle opere abusive. Il sig. La Gona era presente al sopralluogo, nel corso del quale ha interloquito con i tecnici comunali (cfr. doc. 2 del Comune, copia del verbale di accertamento), sicché l'esponente non può affermare di non essere stato a conoscenza del procedimento amministrativo sfociato nell'ingiunzione di demolizione. La giurisprudenza è concorde nell'affermare che l'omissione del formale avviso di avvio ex art. 7 legge 241/1990 è irrilevante, qualora l'interessato abbia avuto comunque conoscenza del procedimento o

abbia interloquito con la Pubblica Amministrazione (cfr., fra le tante, TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 22.9.2009, n. 4698).

Nel secondo motivo, il ricorrente denuncia la presunta illegittimità dell'ingiunzione di demolizione in quanto, a suo dire, prima dell'adozione della stessa il Comune avrebbe dovuto dare avviso della possibilità di presentare istanza di sanatoria ai sensi dell'art. 36 del DPR 380/2001.

Il motivo è palesemente infondato, in quanto nessuna norma impone all'Amministrazione, al momento dell'accertamento di un abuso edilizio suscettibile di demolizione, di avvisare preventivamente l'interessato della facoltà di presentare istanza di accertamento di conformità ai sensi del citato art. 36. Tale facoltà discende direttamente dalla legge, sicché spetta al destinatario dell'ordine di demolizione la scelta di avvalersi della stessa, senza che incomba sul Comune alcun onere di avviso preventivo. Tale onere non può neppure essere giustificato richiamando, come si vorrebbe in ricorso, alcuni principi generali sull'attività amministrativa, in quanto la soluzione prospettata dall'esponente (vale a dire, nessuna demolizione senza previo avviso della facoltà di cui all'art. 36 del Testo Unico), si risolverebbe in un inutile appesantimento dell'azione dell'Amministrazione, in contrasto con le esigenze di celerità ed efficacia dell'azione stessa.

Con il terzo motivo è lamentata la presunta inosservanza del comma 2 dell'art. 31 del DPR 380/2001, che impone al Comune di indicare,

nell'ingiunzione di demolizione, l'area che sarebbe acquisita di diritto al patrimonio comunale, in caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione.

In realtà, l'ingiunzione impugnata (v.si doc. 1 del Comune), contiene l'espressa indicazione che, in difetto della demolizione, *<<si procederà all'applicazione delle sanzioni previste (...) che prevedono l'acquisizione di diritto gratuita al patrimonio del Comune del bene, dell'area di sedime e di una porzione dell'area su cui è stato realizzato, determinata in conformità al disposto dell'art. 31 – comma 3 del D.P.R. n. 380/01>>* (così testualmente a pag. 2 dell'ingiunzione).

L'esponente non può quindi dolersi della violazione del comma 2 dell'art. 31, visto che l'atto ivi impugnato reca l'esplicita indicazione delle conseguenze della mancata demolizione.

Quanto all'individuazione dell'area da acquisirsi gratuitamente, il ricorrente contesta la misura indicata nell'ingiunzione di demolizione, pari a 910 metri quadrati.

In realtà, la misura dell'area da acquisire, contenuta nell'ordine di demolizione, deve reputarsi meramente indicativa, in quanto la corretta determinazione potrà avvenire soltanto dopo il rituale accertamento, da parte del Comune, dell'inottemperanza all'ingiunzione; allorché sarà avviato, nell'ambito del procedimento sanzionatorio di cui all'art. 31 del Testo Unico, un sub-procedimento specificamente finalizzato alla precisa individuazione delle aree da acquisirsi gratuitamente ai sensi del comma 3.

L'indicazione, nel provvedimento di demolizione delle aree che saranno acquisite, ai sensi del comma 2 dell'art. 31, equivale ad una sorta di avvio del procedimento finalizzato all'acquisizione gratuita delle aree (cfr. sul punto TAR Veneto, sez. II, 10.6.2009, n. 1725), per cui l'eventuale riferimento erroneo alle aree da acquisire, contenuto nell'ordine di demolizione, appare irrilevante ai fini della legittimità di quest'ultimo (TAR Lombardia, Milano, sez. II, 20.2.2008, n. 377).

Il terzo motivo va quindi respinto.

Nel quarto motivo, assai simile al terzo, viene contestata nuovamente la misura pari a 910 mq dell'area da acquisire gratuitamente al patrimonio comunale, contenuta nell'ingiunzione a demolire, in quanto l'Amministrazione non avrebbe tenuto conto che parte della superficie indicata come abusiva, sarebbe in realtà occupata da un'opera avente valido titolo edilizio.

Anche il quarto motivo è però infondato, alla luce delle argomentazioni esposte nella trattazione del terzo motivo: la misura dell'area indicata nell'ordine di demolizione, anche se errata, dà luogo ad una mera irregolarità, visto che l'esatta determinazione dovrà effettuarsi dopo l'accertamento dell'inottemperanza alla demolizione effettuato dal Comune.

Nel quinto motivo, l'ordine di demolizione è contestato laddove indica come abusiva (lett. A del provvedimento), una costruzione in muratura monopiano con superficie lorda di 28,46 mq, utilizzata come ufficio. A detta del ricorrente, infatti, l'opera sarebbe stata

assentita dal Sindaco di Milano con autorizzazione n. 451 del 1985.

Dall'esame dei documenti versati in giudizio dall'Avvocatura comunale, risulta l'esistenza, per il fondo in questione, dell'autorizzazione n. 1582 del 3.9.1986 (doc. 5 Comune), in variante della pregressa autorizzazione n. 451/1985, per la recinzione di lotti destinati ad orti e la formazione di <<manufatti ad uso deposito materiali>>, in particolare ad uso ricovero attrezzi agricoli, come si desume dalla planimetria allegata all'autorizzazione.

Nel manufatto è stato – di conseguenza - realizzato un mutamento di destinazione d'uso da ricovero attrezzi ad ufficio (v.si fotografie n. 1 e n. 2 allegate al doc. 2 del resistente), fra l'altro in area avente destinazione a verde agricolo (VA) e soggetta a vincolo ambientale ai sensi della c.d. legge "Galasso" (L. 431/1985), per cui non può essere seriamente messo in discussione il carattere abusivo dell'opera indicata alla lettera A) dell'ordine di demolizione. Il quinto motivo è pertanto infondato.

Con il sesto motivo, è lamentata la presunta violazione dell'art. 41 delle NTA (che ammette interventi di manutenzione straordinaria nelle zone a verde agricolo) e soprattutto dell'art. 64 del Regolamento Edilizio, che annovera fra gli interventi di straordinaria manutenzione "le opere costituenti pertinenze a servizio esclusivo di costruzioni già esistenti" (art. 64, comma 1.6) e "le opere necessarie ad integrare i servizi igienici e tecnologici" (art. 64 comma 1.2). Secondo il ricorrente, le opere indicate nel provvedimento impugnato dalla

lettera B) alla lettera G), sarebbero tutte da ricondursi ai commi citati 1.6 ed 1.2 dell'art. 64.

L'asserzione difensiva non convince.

In primo luogo, si evidenzia che i container metallici installati e destinati ad usi diversi (ufficio, deposito attrezzi, officina e cucina/sala da pranzo), costituiscono strutture permanenti destinate all'esercizio dell'attività d'impresa del ricorrente, vale a dire l'esercizio di impresa edile: a tale scopo si ricordi che lo stesso sig. La Gona, nel corso del sopralluogo del 1.6.2006, dichiarò ai tecnici del Comune che l'area era utilizzata come sede della ditta "Muggiano scavi" (cfr. doc. 2 del resistente). Si tratta, quindi, di strutture per le quali era – ed è – necessario un titolo abilitativo edilizio e non certo realizzabili liberamente da parte del proprietario.

Esse non possono essere definite pertinenze, tenuto conto che l'unica opera che era stata regolarmente assentita sull'area in questione era una struttura di ricovero di attrezzi agricoli – poi abusivamente trasformata in un ufficio aziendale – per cui non esiste neppure una "cosa principale", regolarmente assentita sul piano edilizio, alla quale possano accedere delle "pertinenze", secondo la definizione datane dall'art. 817 del codice civile.

Correttamente, pertanto, il Comune le ha considerate, agli effetti edilizi, quali "nuove costruzioni".

Quanto agli interventi indicati alle lettere F) e G) del provvedimento impugnato, deve escludersi anche per essi che si tratti di pertinenze

oppure di opere per integrare i servizi igienici o tecnologici, trattandosi al contrario di strutture destinate all'attività d'impresa (tettoia) o addirittura a zona pranzo e relax per i familiari del ricorrente (superficie pavimentata con giochi per bambini).

L'Amministrazione li ha qualificati in ogni caso quali interventi di straordinaria manutenzione, soggetti però anch'essi a titolo abilitativo, non trattandosi di opere rientranti nell'ambito dell'attività edilizia libera e realizzati su area soggetta a vincolo ex lege 431/1985 ed avente destinazione a verde agricolo.

Il sesto motivo deve, di conseguenza, respingersi.

Nel settimo motivo, le censure dell'esponente si concentrano sul punto di cui alla lettera H) del provvedimento impugnato, ove il Comune ha considerato abusiva la recinzione dell'area, realizzata con zoccolo in cemento, rete metallica plastificata e pannelli metallici. Per il ricorrente, tale recinzione, attese le sue dimensioni, sarebbe consentita dall'art. 41 delle NTA. Sul punto valgono però le considerazioni sopra esposte in sede di esame del sesto motivo: l'intervento, quand'anche astrattamente consentito dagli strumenti urbanistici vigenti, avrebbe dovuto essere oggetto di provvedimento autorizzativo.

Più in generale, avendo in considerazione il complesso delle opere realizzate, appare evidente come il ricorrente abbia, senza alcun titolo, radicalmente trasformato un'area vincolata ed avente destinazione a verde agricolo, nella sede della propria attività d'impresa edile,

praticamente trasformando di fatto un'area agricola in una industriale.

Il ricorso principale appare – in conclusione – totalmente privo di pregio, con sua conseguente reiezione.

2. Quanto al ricorso per motivi aggiunti, deve essere affrontata, in via preliminare, l'eccezione di tardività del medesimo, sollevata dalla difesa del Comune.

Il provvedimento impugnato con motivi aggiunti è stato notificato al ricorrente in data 30 gennaio 2008 (come ammesso dallo stesso esponente a pag. 2, prima riga, dei motivi aggiunti); il ricorso è stato notificato direttamente dal difensore autorizzato ai sensi della legge 53/1994, mediante spedizione dall'Ufficio Postale n. 25 di Milano in data 31 marzo 2008 e ricevuto dal Comune il successivo 9 aprile 2008, come agevolmente si deduce dalla lettura dell'originale dei motivi aggiunti, depositato in giudizio dall'esponente.

Tenuto conto che, per il notificante, la notificazione si perfeziona al momento della presentazione dell'atto agli ufficiali giudiziari ovvero, in caso di notifica in proprio ai sensi della citata legge 53/1994, dalla spedizione dell'atto dall'Ufficio Postale, il termine di sessanta giorni per la notificazione, decorrente dal 30 gennaio 2008, scadeva il successivo 31 marzo (il 30 marzo 2008 era giorno festivo, inoltre l'anno 2008 è stato bisestile), sicché la notificazione deve reputarsi avvenuta regolarmente, seppure nell'ultimo giorno utile per il notificante (si vedano sul punto, oltre alla fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 477/2002, l'art. 149, ultimo comma, del

codice di procedura civile e le sentenze del TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 10.11.2006 n. 2126; TAR Lazio, sez. III-ter, 15.7.2009, n. 7006; TAR Veneto, sez. II, 11.9.2009, n. 2393).

L'eccezione preliminare di tardività deve quindi rigettarsi.

3. Il primo dei motivi aggiunti deve respingersi, in quanto attraverso lo stesso è lamentata l'invalidità derivata dall'illegittimità dell'ingiunzione di demolizione. Tuttavia, essendo tale ultimo atto legittimo, per le ragioni sopra esposte, non sussiste alcuna ipotesi di invalidità derivata in relazione al provvedimento impugnato per motivi aggiunti.

Parimenti infondato è il secondo motivo aggiunto, nel quale il ricorrente sostiene ancora, come nel ricorso principale, la legittimità della costruzione monopiano di cui alla lettera A) del provvedimento di demolizione. Tenuto conto, però, che il Collegio ha già affrontato la questione in senso sfavorevole per l'esponente in sede di decisione del ricorso principale, la censura sostanzialmente riproposta nei motivi aggiunti è priva di pregio. L'esponente dichiara ancora (pag. 4 dei motivi aggiunti), di avere rimosso la destinazione ad uso ufficio, ma si tratta di un'affermazione apodittica e non sorretta da alcun elemento probatorio, tenuto conto che nel corso del sopralluogo del 4.12.2007, volto ad accertare l'eventuale adempimento dell'ordine di demolizione, l'ingresso era chiuso e gli operatori del Comune non hanno potuto effettuare alcun accesso (cfr. doc. 7 del resistente).

Il terzo ed il quarto motivo aggiunto possono essere trattati

congiuntamente, attesa la loro omogeneità, visto che con gli stessi è denunciato per vizi propri il provvedimento di acquisizione gratuita dell'area.

Sul punto, reputa innanzi tutto il Collegio di ribadire il proprio orientamento, secondo il quale il provvedimento che individua le aree da acquisire gratuitamente al patrimonio comunale, pur avendo natura certificativa, è impugnabile per vizi propri, fra i quali l'erronea individuazione dell'area da acquisire (v.si la già citata sentenza di questa Sezione, n. 377/2008 ed anche TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 29.12.2009, n. 6271).

Ciò premesso, la nota comunale del 17.1.2008, gravata coi motivi aggiunti, non si sottrae alle censure di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di violazione dell'art. 31, commi 3 e 4, del DPR 380/2001.

Tale articolo impone, infatti, ai fini dell'acquisizione gratuita delle aree oggetto di abuso, che l'Amministrazione comunale provveda dapprima all'esatta individuazione delle medesime e successivamente adotti il vero e proprio provvedimento di acquisizione, che dà atto dell'esatta determinazione dell'area acquisita al patrimonio.

Nel caso di specie, il Comune ha invece realizzato una sorta di indebito "rovesciamento" del procedimento di acquisizione; giacché il provvedimento impugnato dapprima dispone l'immissione in possesso e la trascrizione nei registri immobiliari dell'area su cui è stato realizzato l'abuso (v.si terzultimo periodo della nota comunale

del 17.1.2008), ed in seguito, in maniera contraddittoria, avvisa che solo successivamente avranno inizio le operazioni di misurazione dell'area e dei manufatti contestati, per valutare esattamente la quota parte di area da acquisire (v.si gli ultimi due periodi della nota comunale del 17.1.2008).

Di conseguenza, il terzo ed il quarto dei motivi aggiunti meritano accoglimento, con conseguente annullamento dell'atto gravato.

4. Le spese possono essere interamente compensate, attesa la reciproca soccombenza in giudizio delle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, sez. II, definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale,
- accoglie il ricorso per motivi aggiunti, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il provvedimento del Comune di Milano Prot. rif. 568308/06 del 17.1.2008.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Mario Arosio, Presidente

Carminè Maria Spadavecchia, Consigliere

Giovanni Zucchini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO