

N. 00722/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01429/2012 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 1429 del 2012, proposto da:
Ambrogio Pessina, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Boifava ed
Enzo Giacometti, domiciliato presso la segreteria del Tar, in Milano, via
Corridoni, n. 39;

contro

Comune di Cinisello Balsamo, rappresentato e difeso dall'avv. Guido
Bardelli, presso il cui studio, in Milano, via Visconti di Modrone, n. 12, è
elettivamente domiciliato;

per l'annullamento

dell'ordinanza comunale n. 102 del 29.03.2012 di ingiunzione a demolire
opere edilizie situate in zona di rispetto cimiteriale;
e per la declaratoria ex artt. 31 e 117 c.p.a. dell'obbligo del Comune di
concludere il procedimento di riduzione della fascia di rispetto
cimiteriale, avviato con la deliberazione della G.C. n. 31 del 03/02/2011.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cinisello Balsamo;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2013 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor Ambrogio Pessina impugna l'ordinanza n.102 del 29.03.2012 con cui il Comune di Cinisello Balsamo gli ha ordinato la demolizione di alcuni manufatti realizzati su un'area di sua proprietà, situata in zona di rispetto cimiteriale.
2. Questi i motivi di ricorso:
 - I. violazione di legge ed eccesso di potere poiché i manufatti sarebbero stati realizzati prima dell'apposizione del vincolo cimiteriale; trattandosi di edifici preesistenti potrebbero essere oggetto di interventi di recupero e di ampliamento volumetrico, ai sensi dell'art. 338, r.d. n. 1265/1934;
 - II. mancanza di motivazione sull'interesse pubblico all'adozione della sanzione demolitoria che sarebbe necessaria in considerazione del lungo lasso di tempo intercorso dalla realizzazione delle opere e dell'affidamento ingenerato nel proprietario attuale sulla legittimità dei manufatti; violazione del principio di proporzionalità in quanto la possibile riduzione della fascia di rispetto cimiteriale a 50 mt. consentirebbe la sanatoria edilizia per conformità sopraggiunta dell'intervento;
 - III. illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui minaccia l'acquisizione gratuita dell'area al patrimonio comunale, essendo il ricorrente estraneo all'abuso.

3. Il ricorrente chiede inoltre la declaratoria, ex artt. 31 e 117 c.p.a., dell'obbligo del Comune resistente di concludere il procedimento di riduzione della fascia di rispetto cimiteriale avviato con deliberazione G.C. n.31 del 03.03.2011.
4. L'amministrazione comunale intimata si è costituita in giudizio, contestando la fondatezza delle censure dedotte e sollevando, preliminarmente, le seguenti eccezioni:
- inammissibilità alla domanda di annullamento per difetto di interesse ad agire, in conseguenza della perenzione del ricorso rg. 2138/1987, proposto avverso il diniego di condono;
 - inammissibilità della domanda ex artt. 31 e 117 cod.proc.amm. per difetto di interesse, non potendo derivare al ricorrente alcuna concreta utilità da un eventuale esito positivo del procedimento di ridefinizione delle zone di rispetto cimiteriale;
 - irricevibilità della domanda ex artt. 31 e 117 cod.proc.amm. in quanto proposta oltre il termine previsto all'art. 31, c. 2, cod.proc.amm.
5. Con ordinanza n. 2434/2012, questo Tribunale ha disposto, ai sensi dell'art. 32 cod.proc.amm., la trattazione con il rito ordinario della domanda volta alla declaratoria della illegittimità del silenzio serbato dal Comune sul procedimento di riduzione della fascia di rispetto cimiteriale, unitamente alla domanda di annullamento dell'ordinanza di demolizione n. 102 del 29.3.2012, fissando l'udienza pubblica del 7 febbraio 2013.
6. All'udienza del 7 febbraio 2013, il ricorso è stato trattenuto in decisione.
7. Con il primo motivo, il ricorrente contesta il carattere abusivo di fabbricati per i quali l'amministrazione aveva negato il condono, con provvedimento del 30.4.1986 (tale atto è stato impugnato con ricorso

dichiarato estinto per perenzione, con decreto di questo Tribunale n. 3390 del 27.4.2001).

Come eccepito dalla difesa dell'amministrazione resistente, il motivo è inammissibile.

E', invero, pacificamente inammissibile l'impugnazione giurisdizionale di un provvedimento amministrativo che rimetta in discussione la legittimità dell'atto definitivo presupposto, divenuto inoppugnabile.

Ciò è quanto si verifica nel caso in esame, in cui la parte ricorrente, surrettiziamente sostenendo l'inutilità del diniego di condono e contestando il carattere abusivo dei manufatti, tenta di superare le ragioni ostative opposte dall'amministrazione al rilascio del titolo.

Si richiama al riguardo la sentenza del Consiglio di Stato, resa su una fattispecie analoga, in cui si è affermato che ove il richiedente abbia prestato acquiescenza al diniego di sanatoria, *“decade altresì dalla possibilità di rimettere in discussione l'abuso accertato, anche in sede di impugnazione dell'ordine di demolizione che rinviene nel diniego di sanatoria il suo presupposto [...]”* (Cons. Stato, sez. V. 28 marzo 2008, n. 1344).

Ad avviso del Consiglio di Stato *“l'abuso edilizio costituisce non soltanto presupposto implicito del diniego, ma la ragione stessa del potere dell'Ente di concedere la sanatoria, e del suo esercizio. Cosicché il suo accertamento, sebbene non espressamente indicato come presupposto del relativo provvedimento, è insito nella sua adozione, indipendentemente dalle irrilevanti riserve mentali del richiedente”* (cfr. altresì Consiglio Stato sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2086, secondo cui le censure che contestano il carattere abusivo del manufatto sono inammissibili non solo se proposte nel giudizio avverso l'ordine di demolizione ma anche se proposte nel processo di impugnazione del diniego di concessione edilizia in sanatoria).

Nel caso di specie, il diniego di sanatoria, presupposto dell'ordinanza

impugnata, era motivato sul contrasto delle opere realizzate con il vincolo cimiteriale: tale atto ha quindi implicitamente accertato il carattere abusivo dell'opera che non può più essere messo in discussione ora, contestando l'antioriorità delle opere rispetto all'imposizione del vincolo.

8. Il secondo motivo di ricorso è infondato.

È orientamento consolidato di questa Sezione che la vetustà dell'opera non escluda 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 (cfr. fra le tante Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 giugno 2008, n. 2045);

L'ordine di demolizione, come tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato alla constatata abusività che non richiede alcuna specifica valutazione delle ragioni d'interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati e neppure una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, non essendo configurabile alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di illecito permanente, che il tempo non può legittimare in via di fatto (Consiglio di Stato sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6702; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 19 febbraio 2009, n. 1318);

Né sussiste una violazione del principio di proporzionalità.

Tale principio è invocabile laddove l'amministrazione possa modulare la propria azione in base a scelte discrezionali; mentre nell'esercizio del

potere sanzionatorio degli abusi edilizi, l'agire dell'amministrazione è vincolato dalle scelte consacrate nella legislazione e negli atti di programmazione urbanistica, queste effettivamente ampiamente discrezionali, la cui attuazione costituisce atto dovuto (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 6756).

Parimenti non assume rilievo quanto prospettato dal ricorrente circa la possibilità che l'amministrazione riduca la fascia di rispetto cimiteriale attualmente vigente: tale riduzione al momento dell'adozione del provvedimento impugnato non era stata approvata.

Inoltre, l'eventuale futura esclusione dei fabbricati dalla fascia di rispetto non inciderebbe comunque sull'assenza del requisito della doppia conformità richiesto dalla legge per il rilascio di un provvedimento di sanatoria. Né potrebbe invocarsi la c.d. sanatoria giurisprudenziale, stante il contrasto di tale istituto con il principio di legalità (cf. Consiglio di Stato sez. V, 6 luglio 2012, n. 3961; T.A.R. Milano Lombardia sez. II, 9 giugno 2006, n. 1352).

9. È, infine, infondato anche il terzo motivo di ricorso non avendo il ricorrente fornito alcuna prova della sua estraneità all'abuso - stante la contestazione da parte della p.a. della realizzazione di nuove modifiche interne ed esterne agli immobili, accertate con sopralluogo effettuato il 10 febbraio 2011 - e della mancanza di disponibilità dell'area ove insistono le opere abusive.

Come affermato da questo Tribunale con la sentenza sez. II, 29 aprile 2009, n. 3597, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 345 del 1991, ha statuito che l'acquisizione gratuita non costituisce sanzione accessoria alla demolizione, volta a colpire l'esecutore delle opere abusive, ma si configura quale sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione. L'inottemperanza integra, infatti, un

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Silvia Cattaneo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)