

N. 01460/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 00568/2002 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 568 del 2002, proposto da:

- Impresa Edile F.lli Natale di Natale Francesco & C. Snc, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Fiscal, con domicilio eletto presso Davide Paleologo in Milano, Via C. Battisti, 2;

**contro**

- Comune di Busto Arsizio, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Gussoni, con domicilio eletto presso Marco Alessio in Milano, via Priv. Cesare Battisti,1;

**per l'annullamento**

- del provvedimento 11.12.2001 del Comune di Busto Arsizio, di segnalazione di varie fattispecie edilizie prive di concessione in Via Settembrini, 64;
- del provvedimento 29.01.2002 dello stesso Comune, di ingiunzione della demolizione delle fattispecie edilizie ivi descritte.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Busto Arsizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2013 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con l'odierno ricorso, notificato il 15.02.2002 e depositato il successivo 26.02.2002, l'esponente impresa edile (da ora anche solo l'impresa o la società) ha impugnato gli atti in epigrafe specificati, deducendone la illegittimità per eccesso di potere per travisamento dei fatti, violazione e falsa applicazione della legge n. 47/1985 e ingiustizia manifesta.

Ciò, in quanto (1° motivo) il Comune avrebbe considerato come opere abusive dei manufatti che non rientrerebbero nel concetto di opere edilizie, trattandosi di alcune baracche e di un servizio igienico che la società, in quanto esercente un'impresa edile, destina ai cantieri nei quali volta per volta è chiamata a svolgere la propria attività. Si tratterebbe, quindi, di attrezzature mobili destinate all'asporto che non potrebbero annoverarsi tra le nuove costruzioni. La destinazione come deposito dell'area su cui i manufatti sono collocati sarebbe, poi, stata assentita con la concessione in sanatoria dell'1.02.1999, la quale menzionerebbe espressamente l'uso produttivo delle opere assentite.

Neppure (2° motivo) potrebbe esigersi la concessione edilizia per la recinzione realizzata dalla società, trattandosi di legittima estrinsecazione dello ius excludendi alios.

Non sussisterebbe, poi (3° motivo), alcun manufatto in muratura, trattandosi di una semplice tettoia tra muri preesistenti mentre, quanto

alla tettoia indicata sub lett. F, la stessa sarebbe già stata interamente assentita con la concessione in sanatoria del 01.02.1999.

Si è costituito il Comune di Busto Arsizio, controdeducendo alle censure avversarie e contestando che le opere oggetto dell'impugnata ordinanza siano state in precedenza sanate con la concessione del 1999.

All'udienza pubblica del 7.03.2013 la causa, sentite le parti, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## DIRITTO

Il primo motivo di ricorso è infondato.

In ordine ai requisiti che deve avere un'opera edilizia per essere considerata precaria, possono essere ipotizzati in astratto due criteri discretivi: 1) criterio strutturale, in virtù del quale è precario ciò che non è stabilmente infisso al suolo; 2) il criterio funzionale, in virtù del quale è precario ciò che è destinato a soddisfare un'esigenza temporanea.

La giurisprudenza (cfr. ex multis Cons. Stato Sez. V, Sent., 27-03-2013, n. 1776; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, Sent., 08-04-2011, n. 930) è concorde nel senso che, per individuare la natura precaria di un'opera si debba seguire non il criterio strutturale, ma il criterio funzionale, per cui un'opera può anche non essere stabilmente infissa al suolo, ma se essa presenta la caratteristica di essere realizzata per soddisfare esigenze non temporanee, non può beneficiare del regime delle opere precarie.

Rientrano, quindi, nella nozione giuridica di costruzione, per la quale occorre munirsi di idoneo titolo edilizio, tutti quei manufatti che, anche se non necessariamente infissi al suolo e pur semplicemente aderenti a questo, alterino lo stato dei luoghi in modo stabile, non irrilevante e non meramente occasionale, come impianti per attività produttive all'aperto ove comportino l'esecuzione di lavori cui consegue la trasformazione permanente del suolo in edificato.

Ne consegue che, la natura "precaria" di un manufatto non può essere desunta dalla temporaneità della destinazione soggettivamente data all'opera dal costruttore, ma deve ricollegarsi all'intrinseca destinazione materiale di essa a un uso realmente precario e temporaneo, per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, non essendo sufficiente che si tratti eventualmente di un manufatto smontabile e/o non infisso al suolo.

Nel caso di specie, vista anche la documentazione fotografica versata in atti da entrambe le parti, non può dirsi affatto provata la precarietà delle opere in contestazione (in particolare, di quelle elencate sub lett. A, B, C, D ed E dell'ingiunzione di demolizione).

Si tratta, infatti, di manufatti destinati a realizzare una trasformazione permanente del suolo inedificato, in assenza di titolo edilizio e in violazione della destinazione urbanistica di zona.

Su quest'ultimo aspetto, peraltro, giova precisare come, contrariamente a quanto sostenuto dall'esponente, la precedente concessione in sanatoria datata 01.02.1999 attiene ai singoli manufatti e non è certo idonea a far assurgere a destinazione produttiva l'area sulla quale essi accedono (e classificata dagli strumenti urbanistici susseguiti dal 1975 ad oggi a verde di quartiere ed urbano).

Quanto alla recinzione esterna al lotto (indicata sub n.1 nella citata ordinanza del 29/01/2002), dalla relazione di sopralluogo datata 16/11/2001, dalla perizia di parte ricorrente e dal materiale fotografico versato in atti si evince chiaramente come non si tratti di opera riconducibile al legittimo esercizio dello *ius excludendi alios*.

La struttura in esame, infatti, presenta un impatto visivo ed una consistenza che vanno ben oltre i limiti delineati dalla giurisprudenza ai fini della legittima esplicazione del diritto su menzionato (cfr., da

ultimo, Cons. di Stato, Sez. V, Sent. 09-04-2013, n. 1922, secondo cui la realizzazione della recinzione non richiede un idoneo titolo edilizio solo in presenza di una trasformazione che, per l'utilizzo di materiale di scarso impatto visivo e per le dimensioni dell'intervento, non comporti un'apprezzabile alterazione ambientale, estetica e funzionale. Con la conseguenza che la distinzione tra esercizio dello jus aedificandi e dello jus excludendi alios va rintracciata nella verifica concreta delle caratteristiche del manufatto. Nello stesso senso, cfr. anche Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 976, per cui: "Necessita di concessione edilizia la recinzione di un fondo rustico realizzata con installazioni permanenti, in quanto produce una significativa trasformazione urbanistica del territorio, a prescindere dalla realizzazione di volumetrie di qualunque natura". Cfr. in aggiunta, sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3046; sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3555. Uniforme appare anche la giurisprudenza della Suprema Corte, a far data da Cass. pen., 30 settembre 1988, secondo la quale: "La recinzione di un fondo rustico non necessita di concessione edilizia solo nel caso in cui la stessa venga attuata con opere non permanenti; il provvedimento autorizzativo è, invece, richiesto quando venga realizzata con materiale tipicamente edilizio tra cui rientra la zoccolatura in calcestruzzo". Cfr. in aggiunta Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2010, n. 41518; sez. III, 13 dicembre 2007). Ne consegue l'infondatezza anche del secondo motivo.

Sull'ultimo motivo, il Collegio osserva quanto segue.

Il manufatto in muratura indicato sub lett. C, esaminando anche qui la documentazione in atti, non può essere considerato semplice tettoia atteso che, utilizzando i muri preesistenti su tre lati (Ovest, Est e Sud), l'esponente ha dato vita ad una nuova costruzione (con la chiusura del lato Nord e la creazione del tetto) a cui, per le ragioni già dette in

precedenza, non può essere attribuito carattere precario (in ogni caso, è utile rammentare che, la giurisprudenza è incline a configurare la realizzazione di una tettoia, indipendentemente dalla sua eventuale natura pertinenziale, come intervento di ristrutturazione edilizia ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera d), del D.P.R. n. 380 del 2001, nella misura in cui realizza "l'inserimento di nuovi elementi ed impianti", ed è quindi subordinata al regime del permesso di costruire, ai sensi dell'articolo 10, comma primo, lettera c, dello stesso D.P.R. n. 380 del 2001 laddove comporti una modifica della sagoma o del prospetto del fabbricato cui inerisce. Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, Sent., 03-01-2013, n. 91; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 17 febbraio 2010, n. 968; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 28 dicembre 2009, n. 9605 id., 21 dicembre 2007, n. 16493).

Esaminando, da ultimo, la questione relativa a quella parte dell'ingiunzione avente ad oggetto l'“integrazione della tettoia aperta” (cfr. provvedimento impugnato, sub lett. F), il Collegio osserva quanto segue.

L'esponente lamenta la contraddittorietà e il travisamento in cui sarebbe incorso il Comune, per non essersi avveduto che, già in occasione della sanatoria a suo tempo rilasciata, la tettoia in esame presentava una “struttura metallica e vetri”, come documentato nella foto n. 10, ottenuta in copia autentica dal Comune di Busto Arsizio ed allegata alla domanda di condono.

Dal canto suo, la difesa comunale non ha contestato specificamente la foto da ultimo citata – da cui si evince la presenza di una parziale copertura sul lato Nord dello spazio sottostante la tettoia – ma ha affermato che la tettoia in esame sarebbe stata condonata come “aperta”. Orbene, poiché nella concessione in sanatoria in atti non si definisce la

tettoia de qua come aperta o chiusa, mentre la foto allegata – giova ribadire non specificamente contestata da parte resistente – e che rappresenta il manufatto al tempo della sanatoria, rivela l'esistenza di un'interclusione sul lato Nord con struttura metallica e vetri, il Collegio ritiene sussistere - limitatamente a tale aspetto - i lamentati vizi di eccesso di potere per contraddittorietà e travisamento, dedotti nell'ambito del motivo in esame.

Deve, pertanto, essere affermato che, nonostante la ricostruzione del fascicolo a cui si è pervenuti a causa dello smarrimento di quello originario, la documentazione depositata in atti consente di ravvisare una prova sufficiente della consistenza della tettoia de qua (la ridetta foto, con la descrizione contenuta nella relazione tecnica giurata depositata da parte ricorrente) che convince il Collegio in ordine alla fondatezza del motivo da ultimo riportato, limitatamente alla consistenza della tettoia indicata sub lett. F della citata ingiunzione di demolizione.

Per le suesposte considerazioni il ricorso in epigrafe specificato deve essere accolto, limitatamente all'ultimo motivo e nei sensi sopra specificati; per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento impugnato, nella parte in cui ingiunge di “ricondere il manufatto sub F allo stato della pratica di condono” per come intesa dall'amministrazione; lo stesso ricorso deve essere invece respinto per la restante parte.

Le spese possono essere compensate, in ragione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Concetta Plantamura, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/06/2013

IL SEGRETARIO

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