

Pubblicato il 05/06/2017

Sent. n. 518/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1381 del 2008, proposto da:

Elisabetta Montagnese e Domenico Montagnese, rappresentati e difesi dagli avv.ti Pietro Proto, Antonio Montagnese e Bruno Anello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppina Romano, in Reggio Calabria, via della Ginestra n. 8;

contro

Comune di Laureana di Borrello, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito;

nei confronti di

Biagio Mamone e Milva Gullì, rappresentati e difesi dall'avv. Luigi Surace, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luciano Francois, in Reggio Calabria, via Scilla n. 57;

per l'annullamento

- dell'autorizzazione prot. n. 3934 rilasciata a Mamone Biagio dal Comune di Laureana di Borrello in data 25 luglio 2008;

- della medesima D.I.A. in sanatoria prot.n. 1010 del 21 febbraio 2008;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, prodromico e/o conseguente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Biagio Mamone e di Milva Gullì;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2017 la dott. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Espongono i ricorrenti di essere proprietari e possessori di un fabbricato di antica realizzazione sito nel centro cittadino di Laureana di Borrello, all'incrocio tra via Julia e via Marvasi.

Su via Marvasi, nelle immediate adiacenze dell'incrocio con via Julia e l'immobile dei ricorrenti, si trova il fabbricato abitato dagli odierni controinteressati coniugi Mamone – Gullì.

Su tale fabbricato sono stati realizzati dei lavori in ragione dei quali, anche su segnalazione dei ricorrenti, si è reso più volte necessario l'intervento dell'Amministrazione.

Dagli atti di causa, infatti, emerge quanto segue.

Il 29 settembre 2007, la Polizia Municipale effettuava un primo sopralluogo sui luoghi sopra indicati all'esito del quale accertava che, in prossimità del suo fabbricato, il Mamone stava eseguendo dei

lavori per la costruzione di un muro di contenimento, risultando, al momento, già realizzati lo scavo e l'intelaiatura in ferro.

All'altezza del cancello installato da circa trent'anni dal Comune all'ingresso di via Marvasi (stradina in disuso, di circa 2,50 m. di larghezza), inoltre, veniva rilevata l'esistenza di una tettoia in lamiera zincate, sorretta da pali in legno, delle dimensioni di circa mt. 3,00 per 4,00 (nota del Comando della Polizia Municipale del 29 settembre 2007 e relazione di servizio, all. nn. 15 e 16 del fascicolo del ricorrente).

Il successivo primo ottobre 2007, la Polizia Municipale effettuava un ulteriore sopralluogo, all'esito del quale veniva accertato che, oltre il detto cancello in ferro, sul terreno confinante con l'area libera di proprietà Surace, via Marvasi ed il fabbricato di proprietà del sig. Mamone, quest'ultimo aveva realizzato tre muri di contenimento in c.a., a forma di "U", della lunghezza complessiva di mt. 10 circa, per un'altezza di mt. 1,50 circa.

Veniva, inoltre, accertata l'occupazione di parte della sede stradale, per circa 5 mq., sede impercorribile per la presenza di un dislivello di circa 2,00 mt. alla fine (verbale di sopralluogo . 147/07, all. n. 17).

Dato atto dell'assenza del permesso di costruire, il Comune ordinava la sospensione dei lavori con provvedimento n. 41 del 2 ottobre 2007.

Il successivo 7 dicembre 2007, all'esito di ulteriore sopralluogo, veniva accertata l'inosservanza del predetto ordine di sospensione nonché la realizzazione di ulteriori lavori consistenti nella sopraelevazione della carpenteria in legno di circa 30 cm. per tutta la lunghezza del muro e nell'applicazione di due tiranti in ferro con tenuta conficcata nel terreno (all. n. 19).

Conseguentemente veniva disposto il sequestro dell'immobile abusivo ai sensi dell'art. 321, comma 3, c.p.p. (all. n. 18).

Con riferimento alla realizzazione della tettoia, come accertato il 29 settembre 2007, il Comune ordinava la demolizione con provvedimento n.7284 del 28 dicembre 2007 (all. n. 20).

In data 21 febbraio 2008, il Mamone presentava, per la realizzazione del muro di contenimento, la D.I.A. in sanatoria prot. n. 1010.

All'esito della trasmissione della documentazione integrativa richiesta con nota n. 1585 del 19 marzo 2008, il Comune autorizzava *"il prosieguo dei lavori di cui alla D.I.A. in sanatoria prot. n. 1010 del 21 febbraio 2008, relativo alla realizzazione di un muro di contenimento..."*.

2. Avverso la D.I.A. in sanatoria e l'autorizzazione del Comune insorgono i ricorrenti, deducendone l'illegittimità per *"Violazione di legge – Eccesso di potere"* a mezzo di un unico articolato motivo di ricorso.

I) Osserva parte ricorrente che il muro di contenimento è stato realizzato in calcestruzzo, materiale vietato dall'art. 44 (Recinzioni) dello strumento urbanistico a norma del quale sia le recinzioni che i muri di sostegno devono essere realizzati in materiale tradizionale.

Trattandosi di nuova costruzione, inoltre, richiede il rilascio del permesso di costruire ai sensi dell'art. 10 del T.U.Ed., non trattandosi di intervento soggetto a D.I.A., seppur seguita da una atipica autorizzazione comunale.

Gli atti gravati, in subordine, sarebbero comunque illegittimi per violazione dell'art. 23 del T.U.Ed., in quanto mancanti della nomina preventiva della ditta esecutrice dei lavori.

II) Nel rilevare che, contrariamente a quanto affermato dal verbale di sopralluogo del 2 ottobre 2007, il Mamone possiede non le chiavi del cancello apposto dal Comune bensì della porta in ferro che lo stesso ha illegittimamente sostituito, osserva parte ricorrente che il ridetto cancello consente l'accesso non ad un'area di proprietà del controinteressato bensì comunale, deduce il ricorrente la violazione dell'art. 45 dello strumento urbanistico per assenza della prescritta autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico in capo ai titolari di permesso di costruire o di D.I.A.

III) I muri hanno un'altezza di circa 1,50 e dunque superano l'altezza di un metro prevista dall'art. 44 dello strumento urbanistico.

IV) Il titolo giuridico di proprietà dell'area, inoltre, secondo parte ricorrente, non potrebbe essere oggetto di autodichiarazione, a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie.

Tale titolarità, comunque, sarebbe in concreto inesistente atteso che, diversamente da quanto dichiarato nella D.I.A., l'area interessata dai lavori è confinante con il corpo di fabbrica intestato a Surace Concetta.

Vi è, comunque, una discrasia tra l'area indicata nella dichiarazione di proprietà e quella indicata nella D.I.A.

V) L'autorizzazione comunale, infine, sarebbe un atto non previsto dalla normativa e, dunque, viziato per eccesso di potere.

Né può qualificarsi come permesso di costruire non presentandone i requisiti essenziali.

Conclude per l'annullamento degli atti gravati.

Si sono costituiti in giudizio i controinteressati Biagio Mamone e Milva Gulli, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame ed invocandone la reiezione.

Il Comune di Laureana di Borrello e Concetta Surace, ancorché ritualmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.

La domanda cautelare, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente, è stata respinta dalla Sezione con ordinanza n. 23 pronunciata alla Camera di Consiglio del 14 gennaio 2009.

La causa viene ritenuta in decisione alla pubblica udienza del 20 aprile 2017.

3.1. *In primis*, occorre qualificare gli atti gli atti gravati.

La D.I.A. "in sanatoria" prot. n. 1010 del 21 febbraio 2008 deve evidentemente ritenersi presentata dal Mamone ai sensi dell'art. 37 del T.U.Ed., che disciplina gli "interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità".

La differenza fra la predetta D.I.A. in sanatoria e la D.I.A. disciplinata dall'art. 22 del T.U.Ed. è che nella seconda ipotesi - denuncia di inizio attività per lavori ancora da eseguire - il silenzio dell'amministrazione equivale a mancato esercizio del potere inibitorio e, di conseguenza, abilita il denunciante ad eseguire le opere oggetto della dichiarazione.

Nel caso di denuncia di inizio attività in sanatoria, il silenzio dell'Amministrazione assume il significato di rigetto della domanda di accertamento della conformità e, dunque, ha natura di atto tacito di reiezione dell'istanza.

Come è noto, infatti, "il silenzio sull'istanza di sanatoria di cui agli artt. 36 e 37, comma 4, D.P.R. n. 380/2001, ha valore di silenzio - rigetto... derivandone che, anche qualora la procedura del c.d. accertamento di conformità sia esperita in relazione ad intervento edilizio oggetto di d.i.a., e non come nel caso dell'art. 36 cit. di permesso di costruire, la mancata pronuncia dell'amministrazione sulla relativa domanda entro sessanta giorni dal suo ricevimento ha il valore di diniego tacito della sanatoria" (*ex multis*, da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 21 marzo 2017, n. 676).

L'autorizzazione comunale gravata, pertanto, lungi dal costituire un "atto pleonastico meramente confermativo della comunicazione D.I.A. prot. n. 1010 del 21 febbraio 2008, non avallando nessun diverso od ulteriore intervento edilizio, ancorché complementare od accessorio" (pag. 6 della memoria difensiva dei controinteressati), è espressione del potere attribuito all'Amministrazione dall'art. 37 del T.U.Ed. e, pertanto, evidentemente impugnabile.

3.2. Da quanto su esposto deriva l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dai controinteressati costituiti, anche in relazione all'inconferente richiamo alla possibilità di agire dinanzi al giudice ordinario per la tutela del diritto di proprietà.

4. Il ricorso, nel merito, è fondato nei sensi che seguono.

4.1. Premesso che, alla luce di quanto esposto *sub* 3.1.), l'autorizzazione gravata, diversamente da quanto sostenuto dalla parte ricorrente con la censura riportata al punto V), non può considerarsi alla stregua di atto non previsto dall'ordinamento, nondimeno esso è illegittimo.

4.2. Il titolo legittimante l'intervento per cui è causa è il permesso di costruire e non la D.I.A. (ora S.C.I.A.).

Per la realizzazione di muro di contenimento, infatti, è necessario il permesso di costruire, in quanto si tratta di un manufatto che si eleva al di sopra del suolo ed è destinato a trasformare durevolmente l'area impegnata, come tale qualificabile "intervento di nuova costruzione" ai sensi degli articoli 3, comma 1, lettera e) e 10 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

La giurisprudenza penale ha ritenuto che tale principio debba applicarsi ai muri di contenimento, in considerazione delle rilevanti dimensioni che l'opera in genere assume ed alla modificazione edilizia permanente del territorio che essa determina (Cass. pen., Sez. III, 14 novembre 2011, n. 41425).

Nel caso di specie, l'opera realizzata è senz'altro di rilevanti dimensioni: tre muri di contenimento ad "U" per una lunghezza complessiva di mt. 10 circa e per un'altezza di mt. 1,50 circa con sopraelevazione della carpenteria in legno di circa 30 cm. per tutta la lunghezza ed applicazione di due tiranti in ferro con tenuta conficcata nel terreno).

In base al noto orientamento per cui si deve qualificare l'intervento edilizio quale nuova costruzione quante volte abbia l'effettiva idoneità di determinare significative trasformazioni urbanistiche e edilizie, facendo riferimento all'impatto effettivo che le opere strumentali generano sul territorio (in termini, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2016, n. 10), ritiene il Collegio che il titolo abilitativo necessario nel caso di specie sia il permesso di costruire.

E' opportuno, inoltre, rammentare, che la giurisprudenza ha affermato quanto segue: mentre per "muro di cinta" devono intendersi quelle opere di recinzione, non suscettibili di modificare o alterare sostanzialmente la conformazione del terreno, che assumono natura pertinenziale in quanto hanno esclusivamente la funzione di delimitare, proteggere o eventualmente abbellire la proprietà, *"ben diversa è la consistenza e la funzione dei cc.dd. "muri di contenimento", i quali si differenziano sostanzialmente dalle mere recinzioni non solo per la funzione, ma anche, perché servono a sostenere il terreno al fine di evitare movimenti franosi dello stesso.*

Per assolvere a tale funzione, i muri di contenimento devono presentare necessariamente una struttura a ciò idonea per consistenza e modalità costruttive.

Il muro di contenimento... è sotto il profilo edilizio un'opera ben più consistente di una recinzione proprio in quanto non esclusivamente preordinata a recingere la proprietà e, soprattutto, è dotata di propria specificità ed autonomia, in relazione alla sua funzione principale dianzi illustrata: il che pertanto esclude la sua riconducibilità al concetto di pertinenza, conseguendone, data la rilevanza delle modifiche che esso produce, sia la necessità del suo assoggettamento al regime concessorio all'epoca vigente..." (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1651).

Dalla ritenuta necessità del permesso di costruire (evidentemente in sanatoria) deriva la fondatezza dell'omogenea censura avanzata dalla parte ricorrente.

4.3. Deve, inoltre, ritenersi che l'opera non sia conforme alla disciplina urbanistica, vigente già al momento della sua realizzazione.

L'art. 44 del Programma di Fabbricazione del Comune, approvato con delibera n. 14 del 15 maggio 2003, dispone che *"Sia le recinzioni che i muri di sostegno dovranno essere realizzati in materiale tradizionale, escludendo categoricamente l'impiego di cemento armato a vista"*.

Il muro per cui è causa, invece, è stato realizzato in calcestruzzo armato, come risulta dai verbali di sopralluogo versati in atti.

Ne deriva la fondatezza della censura di cui al punto D).

4.4. Parimenti condivisibile è la dedotta illegittimità per insussistenza dell'autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico.

Quand'anche l'occupazione riguardasse un'area ridotta, come sostenuto dai controinteressati, ciò non eliderebbe la necessità del titolo concessorio.

E', a tal fine, irrilevante la circostanza che il Mamone sia in possesso delle chiavi del cancello installato dal Comune su via Marvasi e che lo stesso sia stato o meno sostituito in seguito dal predetto controinteressato

4.5. Non appaiono, invece, meritevoli di favorevole apprezzamento le ulteriori censure avanzate dalla parte ricorrente.

4.5.1. Quanto rilevato in punto di violazione del limite di altezza di cui all'art. 44, II comma, del Programma di Fabbricazione è inconferente atteso che il limite di un metro è previsto *"nelle curve o in zona di visibilità scarsa"* e non risulta che l'area rivesta tali caratteristiche.

4.5.2. La mancata indicazione della ditta esecutrice dei lavori non ha di per sé efficacia invalidante, potendo essere comunicata in seguito, come richiesto dal Comune.

4.5.3. Anche la doglianza *sub IV*), con la quale parte ricorrente, in buona sostanza, deduce l'assenza di titolo giuridico abilitativo a disporre dell'area sulla quale ricadono in capo ai controinteressati è infondata.

Questo Tribunale, con riferimento all'art. 36 del T.U.Ed., ha già enunciato i seguenti principi senz'altro applicabili anche alla sanatoria di cui al successivo art. 37.

"... l'art. 36 del T.U. Edilizia è chiaro nel prevedere anche per l'autore dell'abuso, e non solo per il proprietario del bene, una legittimazione disgiunta ed autonoma a presentare la domanda di sanatoria.

Una simile soluzione interpretativa, oltre che conforme al significato proprio delle parole usate dal legislatore, è anche l'unica in grado di salvaguardare l'interesse qualificato dei responsabili dell'abuso (destinatari, insieme con il proprietario, dell'ordinanza di demolizione) ad eliminare l'antigiuridicità dei fatti compiuti, nonché a ripristinare, a proprie spese ed oneri, una situazione di legalità e ad estinguere il reato commesso per non incorrere nelle più gravose sanzioni penali.

E' stato condivisibilmente evidenziato (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione III, 25 febbraio 2010 n. 629) che "la disposizione in esame, ai fini di determinare la legittimazione alla sanatoria, riconosce sia un criterio formale-giuridico (la titolarità della proprietà) che un criterio materiale (l'autore dell'abuso). Nel primo caso, la legittimazione costituisce l'estrinsecazione di una facoltà di godimento e disposizione tipica di una situazione proprietaria. Nel secondo caso, la realizzazione di un fatto materiale (l'opera abusiva) conferisce all'autore la legittimazione all'istanza di sanatoria, in quanto, attraverso il rilascio del provvedimento, il responsabile può legittimamente sottrarsi alle sanzioni, penali e amministrative, altrimenti stabilite".

In sintesi, come evidenziato anche dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, "potenziale responsabile dell'abuso può essere non solo il proprietario o altro soggetto che vanta, sull'area, un diritto reale o obbligatorio, ma anche ... altri soggetti che, in relazione al loro rapporto privilegiato o comunque qualificato con il bene (in quanto, ad esempio, legittimi detentori o possessori dello stesso), possano avere avuto la possibilità di realizzare l'abuso, così assumendosene la responsabilità" (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2006 n. 6906).

Il criterio della "responsabilità" non prefigura, infatti, ai fini del rilascio della sanatoria, la sussistenza, in capo al richiedente, di uno specifico rapporto giuridico sottostante di natura reale o obbligatoria con il bene oggetto della sanatoria (area di sedime e manufatto), ma pone l'accento - e il presupposto giuridico per l'applicabilità della norma - sul comportamento dell'autore dell'illecito; in quanto artefice delle opere non consentite (ma conformi, comunque, alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione delle opere che al momento della richiesta della sanatoria), il "responsabile dell'abuso" è legittimato - anche per non incorrere nel regime sanzionatorio - ad avanzare la dichiarazione di conformità e conseguire il relativo titolo autorizzatorio o concessorio, salvi restando, naturalmente, i diritti dei terzi (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 25 settembre 2014 n. 2409)" (sentenza di questo Tribunale n. 855 del 25 agosto 2015).

Nel caso di specie, è pacifico che le opere siano state realizzate dal sig. Mamone con conseguente irrilevanza dell'accertamento della disponibilità giuridica dell'area.

5. Il ricorso, in conclusione, va accolto nei sensi fin qui esposti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti gravati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente
Angela Fontana, Referendario
Donatella Testini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO