Pubblicato il 24/11/2021

Sent. n. 401/2021

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 18 del 2021, proposto da [omissis], rappresentati e difesi dall'avvocato Laura Curatolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
Comune di Campobasso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Matteo Iacovelli e Leandra Fiacco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per l'annullamento
- delle ordinanze n. [omissis] emesse dal Comune di Campobasso, Ufficio Urbanistica;
- di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Campobasso;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2021 il dott. Daniele Busico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con ricorso notificato il 18 dicembre 2020 e depositato il 14 gennaio dell'anno successivo i ricorrenti hanno impugnato le ordinanze in epigrafe con cui il Comune di Campobasso ha loro ordinato:
1) la demolizione di una tettoia, con struttura in ferro e copertura con pannelli di lamiera ancorate su di un basamento di cemento armato, realizzata in assenza del permesso per costruire (ordinanza n. [omissis]);
2) la demolizione di una recinzione con muretto in cemento armato e dei sovrastanti paletti di ferro e rete metallica, nonché dei tre pilastri in cemento armato di un cancello d'ingresso in ferro pedonale e uno carrabile, entrambi realizzati in assenza di denuncia di inizio attività (ordinanza n. [omissis]).
I ricorrenti hanno dedotto le seguenti censure: 1a) il difetto di chiarezza dell'ordinanza demolitoria per omessa indicazione dell'area da acquisire; 1b) l'illegittimità delle ordinanze di demolizione impugnate perché non tengono conto e non danno atto dell'avvenuta precedente presentazione di una istanza in sanatoria; 2) la violazione degli artt. 3, 10 e 37 del d.P.R. n. 380/2001 in relazione all'ordinanza n. [omissis]; 3) la violazione degli artt. 3, 10 e 37 del d.P.R. n. 380/2001 nonché l'eccesso di potere in relazione all'ordinanza n. [omissis]; 4) la violazione degli artt. 7 e 8 della l. n. 241/1990 e l'eccesso di potere per plurimi profili.
2. Il Comune di Campobasso si è costituito in giudizio in resistenza al ricorso.
3. All'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2021 la causa è passata in decisione.

4. Occorre preliminarmente respingere l'istanza di rinvio presentata dalla parte ricorrente in data 5 ottobre 2021 sul presupposto della recente presentazione di una nuova istanza di sanatoria.
Ai sensi dell'art. 73, comma 1 bis, cod.proc.amm., introdotto dall'art. 17, comma 7, lettera a), del D.L. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2021, n. 113, "*non è possibile disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza, ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio"*
Nel caso di specie non ricorrono "casi eccezionali" che possano giustificare il rinvio della trattazione della causa.
Infatti l'annunciata presentazione di una nuova istanza ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, da un lato, non è stata debitamente documentata dalle parti e, in ogni caso, risulta dagli atti di causa che si tratta in realtà della reiterazione di una precedente istanza avanzata nel 2012 sulla quale si è già formato, per quel che si dirà, un silenzio significativo (mai impugnato).
D'altro canto, in linea generale, il Collegio ritiene di dare continuità a quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa per il quale "*la presentazione della domanda di accertamento di conformità, ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001, non comporta alcuna paralisi dei poteri sanzionatori già esercitati dal Comune e, dunque, non determina l'inefficacia sopravvenuta dell'ingiunzione di demolizione emessa*" (cfr. Cons. di Stato, n. 3417 del 2018). "*Si afferma più precisamente che la presentazione dell'istanza di sanatoria non determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, dell'impugnazione proposta avverso l'ordinanza di demolizione, ma comporta, tuttalpiù, un arresto temporaneo dell'efficacia della misura repressiva che riacquista la sua efficacia nel caso di rigetto della domanda di sanatoria.*" (in questi termini, Cons. di Stato n. 5124 del 2018, Cons. di Stato, n. 1171 del 2018).
Pertanto non vi sono ragioni ostative all'esame della legittimità delle ordinanze comunali impugnate, con la conseguenza che il ricorso può quindi essere deciso.
5. Con il primo motivo di gravame i ricorrenti deducono, sotto un primo profilo, il difetto di chiarezza delle ordinanze demolitorie per l'omessa indicazione dell'area da acquisire.
L'assunto è infondato perché secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, cui il Collegio intende dare continuità, "*l'individuazione della superficie dell'area di sedime da acquisire al patrimonio del Comune in caso di inottemperanza dell'ordinanza di demolizione non deve essere contenuta necessariamente in quest'ultimo provvedimento, bensì, a pena d'illegittimità, nel successivo atto d'acquisizione gratuita del bene, costituendo quest'ultimo il titolo per l'immissione in possesso dell'opera e per la trascrizione nei registri immobiliari*" (Cons. di Stato, n. 755 del 2018; T.A.R. Toscana, n. 818 del 2020).
6. Sempre col primo mezzo, i ricorrenti prospettano, poi, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati sotto un altro aspetto e in particolare deducono la mancata considerazione da parte dell'Amministrazione dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria presentata dai ricorrenti nel 2012.
Anche tale secondo profilo del gravame è infondato.
Dall'esame degli atti di causa emerge infatti che l'Amministrazione, pur investita dall'istanza in parola con atto pervenuto al Comune di Campobasso il [omissis], non si è mai pronunziata in argomento con un provvedimento espresso.
Come correttamente rilevato dalla difesa comunale, quindi, sull'istanza predetta, decorsi 60 giorni dalla sua presentazione senza che il Comune avesse adottato un provvedimento espresso, si è formato il silenzio rigetto che i ricorrenti non hanno mai impugnato.
Ai sensi dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. n. 380/2021, infatti, "*sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata*".
Da ciò consegue che la mancata considerazione da parte dell'Amministrazione dell'esito di quel procedimento di sanatoria, conclusosi negativamente per i richiedenti, non ridonda in un vizio di legittimità, non avendo alcuna efficacia rilevante sul contenuto delle ordinanze di demolizione

impugnate né ostando all'esercizio degli ordinari poteri repressivi degli abusi edilizi in concreto rilevati.
7. Con il secondo motivo di ricorso la parte ricorrente si duole – relativamente all'ordinanza n. [omissis] – del fatto che per la realizzazione della tettoia, aperta su quattro lati, non fosse necessario il permesso di costruire, ma una semplice SCIA, la cui mancanza determinerebbe soltanto l'applicazione di una sanzione pecuniaria.
L'assunto non è condivisibile.
Occorre premettere che la demolizione è la sanzione ripristinatoria che l'art. 31 del D.P.R. n. 380 del 2001 commina per le opere realizzate in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire.
Il successivo art. 37 del medesimo testo unico stabilisce che, per le opere realizzate in difformità o in assenza di SCIA edilizia, si applica la più mite sanzione pecuniaria.
In mancanza di una definizione tipica di "tettoia" la giurisprudenza ha ritenuto che, al fine di individuare quale sia il regime edilizio applicabile, è necessario verificarne in concreto la consistenza e la destinazione funzionale, onde stabilire se si tratta di un'opera soggetta al regime di edilizia libera, o una pertinenza, con funzione accessoria dell'opera principale assentibile con SCIA, o di un elemento edilizio dotato di autonoma utilità e fruibilità, che invece richiede il rilascio del permesso per costruire.
Sulla base della stessa prospettazione dei ricorrenti è emerso che la tettoia in esame non è posta a pertinenza di alcun immobile, ma costituisce a tutti gli effetti un elemento edilizio nuovo dotato di autonoma utilità e fruibilità e specificamente destinato per un certo periodo di tempo allo stoccaggio dei rifiuti. A conferma di tanto giova sottolinearne le cospicue dimensioni (mt 25 x 17).
Da ciò consegue che l'Amministrazione ha ben individuato nell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 la fonte normativa del proprio potere demolitorio.
Va poi precisato che nemmeno può trovare applicazione al caso di specie il pur invocato art. 22, comma 1, lettera c), del d.P.R. n. 380 del 2001 (che ammette la realizzazione mediante segnalazione certificata di inizio attività de "*gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), diversi da quelli indicati nell'articolo 10, comma 1, lettera c*"), in quanto la realizzazione di una nuova costruzione non può essere equiparata ad una più riduttiva ristrutturazione.
In conclusione, la tettoia in questione è stata correttamente qualificata come "nuova costruzione", e perciò necessitava del permesso di costruire; essa nel caso di specie esigeva poi anche l'autorizzazione paesaggistica, per il fatto di essere ubicata in una zona di pregio ambientale e/o paesaggistico, come emerge – senza che i ricorrenti sul punto abbiano controdedotto alcunché - dall'esame della stessa ordinanza n. [omissis] e dalla nota del MIBACT n. [omissis].
Il motivo si presenta quindi complessivamente infondato.
8. Col terzo motivo i ricorrenti si dolgono dell'illegittimità dell'ordinanza n. 150 del 2020, quella che ha ingiunto la demolizione della recinzione e del cancello carrabile e pedonale.
Il motivo è fondato.
Risulta dagli atti che gli odierni ricorrenti in data 3 agosto 2001 hanno presentato al Comune di Campobasso denuncia di inizio attività relativa ad alcuni lavori di recinzione e realizzazione di un cancello di accesso al fondo sito in [omissis] (dichiarazione acquisita al protocollo comunale n. [omissis]).
Trova quindi smentita in radice la circostanza, posta invece a base del provvedimento impugnato, che la recinzione in parola sia del tutto carente del necessario titolo abilitativo edilizio, con la conseguenza che alle specifiche opere di cui ora si tratta non può trovare applicazione la sanzione demolitoria.
Per pacifica giurisprudenza (v. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 29 ottobre 2021, n. 7286), infatti, la "*denuncia di inizio di attività (così come la segnalazione certificata di inizio attività) costituisce* […] *uno strumento di liberalizzazione delle attività private non più sottoposte ad un controllo amministrativo di tipo preventivo, ma avviabili sulla base di una mera segnalazione da sottoporre al successivo controllo amministrativo. Nella perimetrazione del potere di controllo esercitabile dall'Amministrazione procedente, il legislatore (art. 19 L. n. 241/90) ha distinto due periodi temporali, entro i quali è possibile inibire l'attività intrapresa dal privato in caso di accertata*

carenza dei relativi requisiti e presupposti abilitativi. Il termine per l'esercizio del potere inibitorio, avuto riguardo alla disciplina applicabile in materia edilizia, è fissato in trenta giorni dal ricevimento della segnalazione (art. 19, comma 6 bis*, L. n. 241/90); oltre tale termine i medesimi provvedimenti (di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli effetti eventualmente prodotti) possono essere assunti soltanto in presenza delle ulteriori condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*, L. n. 241 del 1990; tra le quali acquista particolare rilevanza* […] *la sussistenza di un atto illegittimo all'uopo da riesaminare* -rectius*, in caso di DIA (non costituente un atto provvedimentale per cui sia predicabile un vizio di legittimità* ex *art. 21* octies *L. n. 241/90), l'incompatibilità dell'attività denunciata con il quadro normativo di riferimento-, nonché la ricorrenza di un interesse pubblico differente dal mero ripristino della legalità urbanistico-edilizia e prevalente rispetto ai contrapposti interessi privati potenzialmente lesi dall'atto inibitorio, tenuto conto, altresì, dell'arco temporale intercorso fra la denuncia di inizio attività e l'intervento provvedimentale per cui è causa.* […]".

Cosicché nel caso di specie, essendosi da tempo formato uno specifico titolo abilitativo a supporto delle opere poi contestate con l'atto gravato, l'Amministrazione certamente non può limitarsi, come invece è avvenuto, all'adozione di un'ordinanza di demolizione, dovendo essa invece preliminarmente valutare l'opportunità di intervenire sul titolo abilitativo ormai formatosi, la cui presenza esclude l'abusività dei manufatti in rilievo.

9. Col quarto e conclusivo motivo la parte ricorrente lamenta, in primo luogo, l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, e, in secondo luogo, la lesione del proprio affidamento, adducendo che il Comune sarebbe stato da tempo a conoscenza dell'esistenza e della consistenza delle opere realizzate.

Quanto al primo aspetto, come ha avuto modo di rilevare la giurisprudenza amministrativa (in particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 9 del 2017; successivamente si veda Cons. di Stato, n. 5595 del 2017, nonché n. 2799 del 2018), "*l'ordine di demolizione è un atto vincolato ancorato esclusivamente alla sussistenza di opere abusive e non richiede una specifica motivazione circa la ricorrenza del concreto interesse pubblico alla rimozione dell'abuso. In sostanza, verificata la sussistenza dei manufatti abusivi, l'Amministrazione ha il dovere di adottarlo, essendo la relativa ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato compiuta a monte dal legislatore. In ragione della natura vincolata dell'ordine di demolizione, non è pertanto necessaria la preventiva comunicazione di avvio del procedimento (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5198), né un'ampia motivazione*".

Quanto al secondo profilo, quello relativo all'affidamento ingenerato nel privato, la stessa già richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017 ha definitivamente risolto il pregresso contrasto giurisprudenziale in argomento, chiarendo che, "*nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione* sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo. Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere "legittimo" in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata. In definitiva, non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria*."

10. In conclusione, mentre il primo, secondo e quarto motivo di ricorso vanno respinti in quanto infondati, il terzo motivo di gravame merita accoglimento.

Ne consegue che il ricorso deve essere accolto solo nella parte in cui è stata censurata l'ordinanza n. 150 del 2020, che, per l'effetto, deve essere annullata.

Le spese di lite possono essere compensate in considerazione della reciproca soccombenza tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei sensi indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla la sola ordinanza n. [omissis].
Compensa le spese di lite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:
Nicola Gaviano, Presidente
Marianna Scali, Referendario
Daniele Busico, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Daniele Busico

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO