

Publicato il 15/09/2021

N. 01999/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02045/2019 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 2045 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Dario Comini, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Bonomi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Mandello del Lario, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Pellicani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) con il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del Comune di Mandello del Lario del 17 giugno 2019, emesso nei confronti del signor Comini, con cui è stata dichiarata improcedibile la S.C.I.A. n. 8830, prat. n. 354/2014 in data 21.5.2019 e vietato di proseguire nell'attività edilizia;

- del provvedimento del Comune di Mandello del Lario del 17 giugno 2019 (ordinanza n. 22/2019), emesso nei confronti del signor Comini, con cui è stata ordinata la rimessione in pristino delle opere che insistono nel terreno catastalmente identificato nel censuario di Somana, fg. 10, mappali n. 556, 2193, 1925, 2191;

B) con motivi aggiunti del 18 dicembre 2019:

- del provvedimento prot. n. 16060/2019 in data 25.9.2019 con il quale il Comune ha respinto la S.C.I.A. in sanatoria, ai sensi dell'art. 37 del d.P.R. n. 380/2001, presentata dal ricorrente in data 13/26.8.2019;

- di ogni altro atto presupposto, inerente, conseguente o comunque connesso agli atti impugnati.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Mandello del Lario;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 16 luglio 2021 la dott.ssa Silvana Bini tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'articolo 25, comma 1, del decreto-legge n. 137/2020 (conv. legge n. 176/2020), attraverso la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa di cui all'Allegato 3 al decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ing. Dario Comini è proprietario di un compendio immobiliare sito nel Comune di Mandello del Lario, identificato catastalmente nel censuario di Somana (fg. 10, mappali n. 556, 2193, 1925, 2191) e inserito, in base al PGT vigente, parte in "Ambito 16 – aree agricole a coltivo" e parte in "Ambito 18 – altre aree a vocazione rurale".

Esponde che parte dell'immobile è stato interessato da opere di cantierizzazione per la realizzazione della strada San Bernardo – Rigulee ad opera del Comune stesso. Durante il periodo di esecuzione dei suddetti lavori stradali, sull'area di sua proprietà erano posizionati mezzi e materiali provenienti dagli scavi, dalle demolizioni e dalle lavorazioni di cantiere; inoltre, per permettere il passaggio dei mezzi di cantiere è stato creato un passo carrabile della lunghezza di circa 150 m.

Poiché i materiali di scavo e di costruzione della strada non sono stati del tutto rimossi, il ricorrente evidenzia che, al fine di poter riutilizzare tutte le aree, ha dato avvio a lavori di ripristino caratterizzati dal riposizionamento dei suddetti materiali di scavo, oltre che dall'esecuzione di alcune opere edili preordinate a contrastare – attraverso idonee murature – le spinte del terreno, in particolare di quello rimosso e quindi più soggetto a fenomeni di franamento, per ridare stabilità ai fronti. Pertanto ha presentato in data 21.5.2019 una S.C.I.A. avente ad oggetto ricostruzione e consolidamento di muri di sostegno di terrazzamenti esistenti.

Le opere complessivamente svolte *in loco* sono ben descritte nel verbale di accertamento del Comune di Mandello del Lario prot. n. 10492 del 7 giugno 2019, e distinte in accesso carraio (n. 1), muro lungo la strada agrosilvopastorale (n. 2), nuova tettoia posta tra due manufatti esistenti e muro in blocchi di cls (n. 3) e una serie di muri, in parte di sostegno e in parte con una funzione non definita (n. 4).

Con provvedimento prot. n. 10761 del 17 giugno 2019 il Comune ha disposto "il rigetto della S.C.I.A. in oggetto e il divieto di prosecuzione dell'attività" precisando che "con ulteriore provvedimento verrà disposta la rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa".

E' quindi stata adottata l'ordinanza del 17.6.2019, n. 22/2019, con la quale, ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, è stata disposta la rimessione in pristino del terreno e la demolizione delle opere realizzate senza titolo, che hanno comportato la *“trasformazione dell'area interessata (sopralzo muro lungo la strada agrosilvopastorale, realizzazione tettoia, realizzazione muri, di sostegno e non, di lunghezza complessiva pari a circa 130 ml., con diverso livellamento della linea naturale del terreno e formazione piste carrabili, formazione accesso carraio)”*.

In data 13.8.2019, con acquisizione della pratica al protocollo comunale il successivo 26.8.2019, il ricorrente ha presentato una S.C.I.A. in sanatoria, ai sensi dell'art. 37 del d.P.R. n. 380/2001, per le medesime opere oggetto dell'ordinanza n. 22/2019.

Con ricorso regolarmente notificato e depositato sono stati impugnati i provvedimenti in epigrafe, articolando censure avverso il provvedimento di dichiarazione di improcedibilità della S.C.I.A. e avverso l'ordine di demolizione. In particolare il ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento prot. n. 10761 del 17.6.2019, per violazione dell'articolo 42 della Costituzione, dell'articolo 3, lettera d), del d.P.R. n. 380/2001 e dell'articolo 142 del d.lgs. n. 42/2004, in quanto si tratterebbe di un intervento edilizio di manutenzione straordinaria, comunque ammissibile, se è vero che è meramente conservativo l'intervento che non comporta aumento di volumetria né di superficie, né variazione di sagoma. Nel provvedimento si afferma anche la presenza di un vincolo paesaggistico ex art. 142, comma g), d.lgs. n. 42/2004, per cui sarebbe richiesta anche la relativa autorizzazione paesaggistica da parte della Comunità Montana; sostiene, invece, parte ricorrente che la presenza del vincolo non emerge dalla documentazione prodotta proprio dalla Comunità Montana del Lario Orientale e della Valle San Martino.

Quanto all'ordinanza n. 22/2019, il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'articolo 31 del d.P.R. n. 380/2001, della l. n. 241/90 (artt. 3 e 10 bis) e del d. lgs. 22.1.2004 n. 42 (artt. 167 e 181), nonché la carenza e/o insufficienza di motivazione e il travisamento dei presupposti di fatto e diritto, in quanto il provvedimento non dà puntualmente conto della sussistenza dei presupposti di fatto e normativi legittimanti l'esercizio del potere sanzionatorio e non effettua la dovuta descrizione accurata delle opere da demolire, tanto più che la maggior parte delle opere che il Comune intende sanzionare con la demolizione sarebbe pienamente legittima e realizzata in forza di titoli abilitativi efficaci ed indiscussi dallo stesso Comune.

Medio tempore il Comune, con provvedimento prot. n. 16060/2019 in data 25.9.2019, ha disposto il *“rigetto della S.C.I.A.”* in sanatoria presentata ai sensi dell'art. 37, comma 5, del d.P.R. n. 380/2001. Nel provvedimento si dispone altresì *“il rimando ai termini dell'Ordinanza n. 22/2019 del 17.06.2019 di rimessione in pristino delle opere che insistono nel terreno”*, in quanto *“la presentazione della S.C.I.A. in oggetto ha determinato una sospensione dell'efficacia della misura ripristinatoria prevista nell'Ordinanza n. 22/2019; - L'Ordinanza riacquista efficacia dalla data di notifica del presente rigetto”*.

Parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti avverso il provvedimento del 25.9.2019, articolando le seguenti censure: 1) Violazione di legge: art. 3 della legge 241/1990; artt. 3, 10, 22 e 37 del dPR n. 380/2001. art. 96 della Costituzione. Eccesso di potere per carenza di motivazione, errore, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, perplessità. Violazione dei principi generali di buon andamento, proporzionalità, cooperazione, efficienza.

L'Amministrazione ha erroneamente ritenuto che i muri 1, 2 e 3 fossero di nuova costruzione. Sostiene invece parte ricorrente che i muri erano già in parte esistenti, ciò valendo anche per il muro perimetrale lungo la strada agrosilvopastorale, oltre che per la tettoia presente sul mappale 2192 (facente parte del complesso stalla/fienile). Il ricorrente censura anche la motivazione del provvedimento nella parte in cui afferma che le opere interesserebbero ambiti boschivi, in quanto la stessa Comunità montana ha negato che l'area presenti carattere di *“ambito boscato ai sensi della normativa vigente”*, e comunque le opere realizzate non modificherebbero affatto i caratteri di naturalità, quali le scarpate, gli scoscendimenti, le radure, poiché manterrebbero la stessa configurazione ambientale preesistente.

2) Violazione artt. 31, 36 e 37 del dPR 380/2001. Eccesso di potere.

La presentazione di una domanda di sanatoria produce un effetto caducante sull'ordinanza di demolizione delle opere abusive, per cui erroneamente nel provvedimento viene riportata la formula secondo cui l'ordinanza di demolizione *“riacquista efficacia dalla data di notifica del presente rigetto”*.

3) Illegittimità derivata dai provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo della lite.

Si è costituito in giudizio il Comune di Mandello del Lario chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 35 del 10.1.2020 la Sezione ha rilevato la carenza di *fumus boni iuris* quanto alle doglianze relative al diniego di accertamento di conformità, *“stante la consistenza delle opere e la sottoposizione delle aree in cui queste sono realizzate alla previsione di cui all'articolo 20 delle N.T.A. del P.G.T. comunale che prescrive “la conservazione e la tutela dei caratteri di naturalità, quali le scarpate, gli scoscendimenti, le radure” e non ammette “alterazioni ambientali e dell'orografia dei luoghi”*”. Ha però sospeso l'efficacia del medesimo provvedimento nella parte in cui dispone il riacquisto dell'efficacia dell'ordinanza n. 22/2019, in quanto *“in contrasto con l'orientamento espresso dalla Sezione secondo cui la mera proposizione di un'istanza di accertamento in conformità successivamente all'ingiunzione di demolizione delle opere abusive produce l'effetto di rendere definitivamente inefficace il provvedimento sanzionatorio, “essendo comunque tenuta l'Amministrazione all'adozione di un nuovo provvedimento, che sia di accoglimento o di rigetto della domanda di sanatoria, e in questo secondo caso all'emanazione di un'ulteriore misura sanzionatoria, con l'assegnazione di un nuovo termine per adempiere” (T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 13 dicembre 2019, n. 2670; Id., 3 novembre 2018, n. 2635; Id., 27 marzo 2019, n. 665; Id., 2 maggio 2019, n. 977; Id., 3 maggio 2019, n. 1003; Id., 4 giugno 2019, n. 1279; Id., 17 ottobre 2019, n. 2188; Id., 28*

novembre 2019, n. 2544; cfr., inoltre, T.A.R. per l'Umbria, Sez. I, 10 dicembre 2018 n. 672; T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, Sez. III, 18 maggio 2018, n. 827; T.A.R. per il Veneto, sez. II, 30 luglio 2019, n. 901”.

In data 26.8.2020 il ricorrente ha presentato una nuova domanda di sanatoria per il passo carraio (opera n. 1 del verbale di accertamento del 7.6.2019). La domanda veniva accolta e veniva quindi rilasciato il permesso di costruire in sanatoria n. 7071 del 6.11.2020.

Rispetto all'ulteriore istanza di sanatoria avente ad oggetto il “parziale rifacimento muro perimetrale di sostegno terreno agricolo” (abuso di cui al punto 2 del suddetto verbale), l'Amministrazione inviava il preavviso di rigetto e quindi con atto del giorno 11.11.2020 negava il rilascio del titolo in sanatoria richiesto.

Con memoria del 14.6.2021 la difesa del Comune ha eccepito l'improcedibilità parziale del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, nella parte relativa all'impugnativa del provvedimento prot. n. 10761 del 17 giugno 2019 e, per il resto, quanto all'abuso oggetto di regolarizzazione postuma e quanto al muro perimetrale per il quale è stata presentata e rigettata la nuova istanza di sanatoria.

All'udienza del 16 luglio 2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione dal Collegio. In sede di discussione orale il difensore del ricorrente ha dichiarato di concordare con la controparte “... circa l'improcedibilità del ricorso introduttivo con esclusione della parte che riguarda l'ordine di demolizione ...” (v. verbale di udienza).

DIRITTO

1) Il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono stati proposti avverso provvedimenti inibitori e sanzionatori conseguenti a due S.C.I.A. presentate per opere realizzate sull'area di proprietà del ricorrente, nel Comune di Mandello del Lario. Dette opere sono state identificate negli atti del Comune in 4 strutture distinte: un accesso carraio (n. 1), un muro lungo la strada agrosilvopastorale (n. 2), una nuova tettoia posta tra due manufatti esistenti e un muro in blocchi di cls (n. 3) e una serie di muri, in parte di sostegno e in parte con una funzione non definita (n. 4).

Come emerge dalla ricostruzione in fatto, dopo il primo provvedimento con cui la S.C.I.A. è stata dichiarata improcedibile e dopo il conseguente ordine di demolizione delle opere abusive (impugnati con il ricorso introduttivo), è stata presentata una seconda S.C.I.A. (in sanatoria), respinta con il provvedimento del 25.9.2019 (impugnato con motivi aggiunti).

Medio tempore, il ricorrente ha presentato una nuova istanza di sanatoria per il passo carraio, riscontrata positivamente (cfr. permesso di costruire in sanatoria n. 7071 del 6.11.2020). Anche per l'opera n. 2), cioè il muro perimetrale lungo la strada agrosilvopastorale, è stata presentata una nuova domanda di sanatoria, rigettata però con un provvedimento del giorno 11.11.2020.

2) Il ricorso introduttivo, proposto avverso il provvedimento del Comune di Mandello del Lario del 17 giugno 2019 di rigetto della prima S.C.I.A., è da dichiarare *in parte qua* improcedibile, a fronte delle sopraggiunte determinazioni inerenti le medesime opere. In tal senso è la richiesta di entrambe le parti del giudizio, come risulta dalla memoria difensiva dell'Amministrazione del 14 giugno 2021 (con richiesta finale di “... dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la domanda di annullamento dell'atto del Comune di Mandello del Lario 17 giugno 2019, prot. n. 10761, proposta con il ricorso introduttivo del giudizio ...”; pag. 7) e come risulta dal verbale dell'udienza di discussione della causa (“... L'avv. Bonomi concorda con l'avv. Pellicani circa l'improcedibilità del ricorso introduttivo con esclusione della parte che riguarda l'ordine di demolizione ...”).

La stessa dichiarazione di improcedibilità, ad avviso del Collegio, va estesa anche all'impugnativa dell'ordinanza di demolizione n. 22/2019: come già esposto in sede cautelare, in base all'orientamento seguito da questa Sezione, la presentazione di una istanza di accertamento di conformità rende definitivamente inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso e, quindi, determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, dell'impugnazione proposta avverso l'ordinanza di demolizione, che non riacquista la sua efficacia nel caso di rigetto della domanda di sanatoria, ma impone all'Amministrazione di adottare un'ulteriore misura sanzionatoria, con l'assegnazione di un nuovo termine per adempiere (v., tra le altre, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 13 dicembre 2019, n. 2670). Pertanto, a seguito della S.C.I.A. in sanatoria presentata in data 13.8.2019, l'ordinanza di demolizione conseguente al rigetto della prima SCIA è divenuta inefficace e dunque non più lesiva.

Il ricorso introduttivo va quindi dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione.

3) I motivi aggiunti sono stati proposti avverso il rigetto alla domanda di sanatoria presentata in data 13.8.2019.

3.1 Il ricorrente ha presentato poi due nuove domande di sanatoria, per il passo carraio (opera n. 1) e per il muro perimetrale lungo la strada agrosilvopastorale (opera n. 2). Come si è detto, la prima domanda è stata accolta con il rilascio del relativo titolo edilizio, mentre la seconda è stata rigettata con provvedimento poi non impugnato e perciò divenuto definitivo (circostanza non contestata dal ricorrente).

Ne consegue che anche i motivi aggiunti devono essere dichiarati improcedibili, *in parte qua*, relativamente al rigetto della S.C.I.A. in sanatoria per le due suddette opere (cioè quelle identificate ai nn. 1 e 2).

Va dichiarata l'improcedibilità dei motivi aggiunti anche rispetto alla censura di illegittimità derivata dai provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo, dichiarato a sua volta improcedibile.

3.2 Per il resto il ricorso è in parte infondato e in parte va accolto.

Il ricorrente lamenta l'erroneità della motivazione per due profili:

- l'intervento, secondo il Comune, attiene ad un ambito connesso alla matrice boschiva, per la quale è prescritta la conservazione a tutela dei caratteri della naturalità: sostiene parte ricorrente che tale motivazione sarebbe in contrasto con il parere della Comunità Montana del 2.9.2019, che nega il carattere boscato della zona, e comunque non terrebbe conto della reale natura delle opere e della loro inidoneità ad incidere sulle caratteristiche ambientali della zona;

- a giudizio dell'Amministrazione l'intervento non può essere qualificato come ricostruzione e consolidamento di opere preesistenti: parte ricorrente al contrario rileva come la tettoia e i muri di contenimento fossero esistenti da almeno 30 anni, come attestato dai precedenti proprietari (cfr. dichiarazione doc. n. 6), e fossero in ogni caso antecedenti ai nuovi interventi, come ricavabile da alcuni rilievi fotografici; pertanto si tratterebbe solo di opere finalizzate alla manutenzione di opere ammalorate.

Partendo dall'esame del secondo motivo, relativo alla tipologia delle opere, osserva il Collegio come l'Amministrazione abbia correttamente ritenuto non provata la preesistenza dei muri e della tettoia, escludendo in tal modo la natura conservativa degli interventi.

Per costante giurisprudenza, grava sul richiedente l'onere di provare la data di realizzazione e la consistenza originaria dell'immobile abusivo, in quanto solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che possano radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 24 agosto 2021, n. 6028). La giurisprudenza ammette, quindi, che l'interessato dia la prova della preesistenza delle opere da sanare e della esatta collocazione temporale, ma richiede tuttavia una prova rigorosa, fondata su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi, dovendosi, tra l'altro, negare ogni rilevanza a dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o a semplici dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate (Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 2019, n. 1476; Sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4168; Sez. IV, 30 marzo 2018, n. 2020; Sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2524).

Il provvedimento per cui è causa risulta fondato su un'adeguata istruttoria da cui è emerso che le opere non erano preesistenti: l'Amministrazione comunale ha accertato lo stato dei luoghi attraverso apposito sopralluogo svolto in data 22.5.2019, nonché attraverso l'esame della documentazione fotografica risalente al 2014 (allegata al "verbale visita verifica condizioni di cantiere" per i lavori della strada) e delle fotografie scattate da elicottero in data 25.8.2010, da cui emerge che, al più, solo alcune minime porzioni di muro erano preesistenti.

Per contro parte ricorrente si è limitata ad allegare semplici dichiarazioni di terzi circa la preesistenza dei muri e della tettoia, non ha provato che le opere fossero preesistenti, senza neppure identificare con precisioni dette porzioni. Quanto, infine, ai rilievi fotografici prodotti dall'interessato in sede di integrazione della documentazione originaria, l'atto impugnato precisa che la "*documentazione fotografica dell'area di intervento ante operam non è accompagnata da una planimetria riportante i punti di ripresa*", il che spiega l'impossibilità di raffrontare lo stato di fatto *ante operam* con lo stato di fatto *post operam*, come correttamente rilevato dalla difesa dell'Amministrazione.

Pertanto la censura avverso questo capo di motivazione è infondata.

Trattandosi di atto plurimotivato, è sufficiente la legittimità di un motivo ostativo per respingere il ricorso, con conseguente assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità sollevati in ordine al diniego di sanatoria.

3.3 Nel provvedimento si proroga l'efficacia dell'ordinanza del 17.06.2019 di rimessione in pristino delle opere che insistono nel terreno, sull'assunto che "*la presentazione della SCIA in oggetto ha determinato una sospensione dell'efficacia della misura ripristinatoria prevista nell'Ordinanza n. 22/2019; - L'Ordinanza riacquista efficacia alla data di notifica del presente rigetto*".

Rispetto a questa clausola, parte ricorrente lamenta la violazione degli artt. 31, 36 e 37 del d.P.R. n. 380/2001 (censura n. 2).

Il motivo è fondato, in quanto, come detto, la sopraggiunta presentazione di una istanza di sanatoria fa di per sé venir meno in via definitiva l'ingiunzione di demolizione delle opere abusive e comporta l'obbligo per l'Amministrazione, in caso di rigetto della domanda di sanatoria, di adottare un nuovo provvedimento sanzionatorio, integralmente sostitutivo di quello originario.

4) Il ricorso introduttivo va quindi dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione.

I motivi aggiunti vanno dichiarati in parte improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, vanno accolti nella parte in cui l'atto impugnato dispone il riacquisto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, con conseguente annullamento della suddetta determinazione, e per il resto sono respinti.

Le spese di giudizio possono essere compensate in considerazione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così dispone:

- dichiara il ricorso introduttivo improcedibile;

- quanto ai motivi aggiunti, ne dichiara in parte l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, li accoglie nei limiti di cui in motivazione con conseguente annullamento *in parte qua* del provvedimento prot. n. 16060/2019, e li respinge per il resto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2021 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del decreto legge n. 137 del 2020 (conv. legge n. 176/2020), attraverso la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa di cui all'Allegato 3 al decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Referendario

L'ESTENSORE
Silvana Bini

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO