



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 1989 del 2018, proposto da -OMISSIS-, rappresentati e difesi dall'avvocato Angelo Giordano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Fontana, 18/A;

contro

Comune di Trezzano sul Naviglio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Fantigrossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento di diffida di chiusura del passo carraio sito in Via -OMISSIS-, in Trezzano sul Naviglio (MI) - prot. 14281/GL/AA/mr/ED.Priv – del Comune di Trezzano sul Naviglio (MI), in data 1.6.2018.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Trezzano sul Naviglio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2019 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. -OMISSIS-, in qualità la prima di nuda proprietaria ed il secondo di usufruttuario di un immobile con giardino sito in Trezzano sul Naviglio, Via -OMISSIS-, hanno proposto ricorso contro il provvedimento che ordina di chiudere il passo carraio ivi realizzato.

Contro il suddetto atto hanno sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I – In via pregiudiziale: carenza di legittimazione passiva della sig.ra -OMISSIS-.

La ricorrente -OMISSIS- afferma di essere solo la nuda proprietaria e di essere di fatto domiciliata in altro luogo, che solo l'usufruttuario ha titolo per la richiesta di eventuali autorizzazioni amministrative e che solo all'usufruttuario devono essere imputate tutte le presunte condotte illegittime in riferimento all'uso e al godimento della proprietà.

II – Omessa indicazione della norma presuntivamente violata; passaggio carraio a raso: insussistenza dell'obbligo di titolo edilizio e di pagamento della tassa di occupazione.

Al riguardo i ricorrenti affermano che quello contestato sia un passaggio "a raso" di collegamento tra la proprietà privata e la strada pubblica, che non ha comportato nessuna installazione di manufatti sull'area demaniale o modifiche di strutture esistenti, stante l'assenza di marciapiede in corrispondenza del cancello. Ne deriverebbe che non necessita di alcuna autorizzazione e del pagamento di nessuna tassa in quanto dal combinato disposto dell'art. 22 del D.Lgs. 285/1992, degli artt. 44, 45 e 46 del D.P.R. 495/92 e degli artt. 40, 44 e 50 del D.Lgs. 507/1993 si ricava l'obbligatorietà della concessione di passo carrabile solo per gli accessi che non sono "a raso" ovvero per i quali esiste un abbassamento o interruzione del marciapiede. Inoltre al momento della realizzazione del cancello (anno 1968) la richiesta di autorizzazione era facoltativa.

III – Violazione dell'art. 822 c.c. e dell'art. 42 Cost., in riferimento ai diritti reali dei ricorrenti ed eccesso di potere.

Poiché l'esercizio del passaggio ininterrotto ultraventennale da parte dei ricorrenti e dei loro danti causa ha determinato in ogni caso il consolidamento del diritto di passaggio ex art. 1052 c.c., a titolo di usucapione, la diffida al ripristino dei luoghi e quindi alla chiusura del cancello sarebbe illegittima ed ingiusta in quanto comporta l'impossibilità di accesso nel cortile con autovetture, limitando in modo assolutamente abnorme il diritto di proprietà dei ricorrenti. A ciò si aggiunge che nessuna esigenza di pubblica utilità viene allegata dall'amministrazione precedente, ma solo una generica volontà di alienazione dell'area pubblica.

IV – Violazione di legge ed erronea interpretazione degli artt. 3, 37 e 22 del d.lgs. n. 285/1992 (codice della strada) e dell'art. 44 e 46 d.p.r. 16 n. 495/1992 (norme di attuazione); eccesso di potere e travisamento dei fatti.

I ricorrenti contestano che il Comune precedente non ha indicato la norma in base alla quale sarebbe legittimato all'ingiunzione di demolizione del cancello e che la condotta del Comune, che da un lato incassa gli oneri di regolarizzazione di un presunto illecito e dall'altro intima la demolizione, sarebbe del tutto illogica e contraddittoria. Infine, stante il provvedimento di sospensione della sanzione irrogata e della sanzione accessoria del ripristino dei luoghi, il Comune avrebbe dovuto attenersi a tale misura cautelare e attendere la definizione del giudizio davanti al Giudice di Pace di Milano.

V – Violazione di legge dell'art. 3 l. n. 241/1990 – omessa e insufficiente motivazione e difetto di istruttoria; omessa ponderazione degli interessi contrapposti.

Secondo i ricorrenti sarebbe stato necessario svolgere da parte dell'amministrazione un'adeguata istruttoria in seno alla quale ponderare comparativamente i diversi interessi in gioco, pubblici e privati.

VI – Violazione di legge e in particolare dell'art. 7 l. n. 241/1990 – omesso avviso dell'avvio del procedimento – difetto di istruttoria.

I ricorrenti contestano che il Responsabile del procedimento non ha proceduto ad inviare al sig. - OMISSIS- alcuna comunicazione ex art. 10-bis della legge 241/90 prima di disporre il diniego della istanza di visto, impedendo in tal modo allo stesso di presentare osservazioni e/o documenti integrativi.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Trezzano sul Naviglio, con memoria depositata in data 06/09/18, sostiene che il secondo motivo, nella parte in cui contesta l'omissione dell'indicazione della norma violata, è infondato in quanto sia nella comunicazione d'avvio del procedimento, sia nella successiva diffida, sono espressamente richiamate le norme del "capo II del Titolo IV del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 s.m.i." (al terzo capoverso della nota del 7 marzo e al secondo capoverso della diffida), le quali contengono la disciplina delle sanzioni per gli interventi edilizi eseguiti in assenza di titolo. Quanto poi alla pretesa che l'opera in concreto eseguita, cioè la posa del cancello in ferro previa demolizione del precedente muro di confine, sfugga a qualsiasi potere autorizzativo, il Comune afferma che essa è infondata perchè anche i cancelli e in generale le recinzioni in quanto opere di carattere permanente, incidendo in modo non precario sull'assetto edilizio del territorio, sono soggette al previo ottenimento di un titolo edilizio. In merito al terzo motivo il Comune sostiene che la protezione legale del diritto di proprietà non comprende la facoltà di eseguire opere edilizie in assenza di un titolo autorizzativo. Con riferimento al quarto motivo il Comune sostiene che la disciplina del Codice della strada va tenuta nettamente distinta da quella del regime edilizio dell'opera abusivamente eseguita, nel cui esclusivo ambito sono stati adottati i provvedimenti oggetto del presente giudizio. Il quinto e sesto motivo sarebbero infondati in quanto l'ordine di demolizione non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento per cui il Comune è andato ben oltre quanto fosse dovuto agli interessati, formulando la previa comunicazione d'avvio del procedimento alla nuda proprietaria.

Con memoria depositata in data 23/09/19 il Comune ribadisce, con riferimento al primo motivo di ricorso, che l'atto sarebbe stato correttamente indirizzato anche alla nuda proprietaria, visto che durante il giudizio è emerso che ella ha dichiarato nella procura il proprio domicilio proprio in via -OMISSIS-, ha ricevuto la notifica degli atti e del ricorso sul posto, ha dichiarato di aver acquisito un diritto di servitù di passaggio dal cancello abusivo, ha ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento e il provvedimento di diffida impugnato nello stesso luogo, e dal verbale di accertamento del 28.02.2018, da Lei sottoscritto, emerge che la stessa è residente in Via -OMISSIS- in qualità di proprietaria dell'immobile ("nel quale risiede").

Con ordinanza cautelare 27/09/2018 n. 1376 questa Sezione ha sospeso l'efficacia del provvedimento, limitatamente alla parte in cui diffida la Sig.ra -OMISSIS- a rimuovere l'apertura carraia, per i seguenti motivi: *"Considerato che l'atto impugnato ordina la rimozione di un'apertura carraia, ai ricorrenti, rispettivamente in qualità di usufruttuario (il Sig. -OMISSIS-) e di nuda proprietaria (la sig. ra -OMISSIS-); Ritenuto che sia fondata l'eccezione di carenza di legittimazione della sig. ra -OMISSIS-, nuda proprietaria, che non avendo la disponibilità del bene,*

non si trova in una relazione giuridica qualificata con l'immobile oggetto di abuso, che consente di attivarsi onde renderlo conforme alla normativa urbanistica ed edilizia; Rilevato, per il resto, che il ricorso non presenti elementi di fondatezza, in quanto non viene contestata la natura abusiva dell'opera, non essendo mai stato rilasciato alcun titolo edilizio, e si articolano censure che non tengono conto della natura del potere esercitato dall'Amministrazione comunale (dichiaratamente ricondotta alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia)".

All'udienza del 15 ottobre 2019 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nel primo motivo.

L'articolo 31 del citato DPR n. 380/2001 dispone, al comma 2, che "Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso ... ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione e la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3".

In merito la giurisprudenza (Cons. Stato, VI, 10/07/2017 n. 3391) ha chiarito che "*Orbene, già il dato letterale della normativa sopra esaminata induce ad escludere la disciplina sanzionatoria al "nudo proprietario". Le norme parlano, infatti, di "proprietario", dovendosi con tale inciso intendersi la titolarità dell'ordinario diritto di proprietà, inteso come proprietà piena, caratterizzata dalla ricomprensione di ogni facoltà o contenuto ad essa inerente, elementi che consentono al titolare di adoperarsi per impedire l'abuso o eliminarne le conseguenze. Va, peraltro, considerato anche il contenuto peculiare della nuda proprietà ed il suo rapporto con l'usufrutto. Invero, ai sensi dell'articolo 981 c.c. "l'usufruttuario ha diritto di godere della cosa, ma deve rispettarne la destinazione economica", affermandosi che "egli può trarre dalla cosa ogni utilità che questa può dare". In base al successivo articolo 982, "L'usufruttuario ha diritto di conseguire il possesso della cosa di cui ha l'usufrutto" e l'articolo 986 c.c. prevede che egli possa eseguire addizioni che non alterino la destinazione economica della cosa. Dalle norme del codice civile regolatrici dell'istituto, inoltre, emerge che il nudo proprietario può riacquistare la disponibilità del fondo in ipotesi di estinzione di tale diritto reale, il quale si verifica, ai sensi dell'articolo 1014 c.c., in caso di morte dell'usufruttuario, per prescrizione per effetto del non uso durato per vent'anni e per il totale perimento della cosa su cui è costituito. Il successivo articolo 1015 prevede pure che tale diritto reale possa cessare per l'abuso che egli faccia il suo titolare, ma questo è contemplato in ipotesi di alienazione dei beni, quando l'usufruttuario li deteriori ovvero li*

lasci andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni. Dall'analisi dell'istituto risulta, dunque, che il nudo proprietario è spogliato delle facoltà proprie del relativo diritto dominicale, che egli non ha il possesso del bene e che può riacquistarlo solo al termine dell'usufrutto ed eccezionalmente in altre specifiche fattispecie. Da quanto sopra emerge, dunque, che egli non è titolare di facoltà tali da incidere sulla commissione dell'abuso edilizio e sul ripristino dello stesso da parte dell'usufruttuario. Egli è, infatti, privo del godimento della cosa e del suo possesso. Non può, dunque, sullo stesso farsi ricadere la responsabilità tipica che la normativa edilizia prevede per l'ordinario (pieno) titolare del diritto di proprietà. In particolare, preme al Collegio evidenziare, sulla base delle considerazioni sopra svolte, che, risultando le facoltà proprie del diritto dominicale in capo all'usufruttuario, solo su quest'ultimo (ferma restando la fattispecie in cui egli sia direttamente autore dell'abuso) può ricadere una eventuale corresponsabilità colposa per mancata dissociazione ovvero per aver omissso di attivare ogni intervento utile alla repressione dell'abuso edilizio, qualora posto in essere da altri. Vuole in buona sostanza affermarsi che, laddove vi sia costituzione di un diritto di usufrutto, la responsabilità "sussidiaria" che ordinariamente ricade sul proprietario (pieno) viene a gravare, in relazione ai contenuti del suo diritto, sull'usufruttuario e non anche sul nudo proprietario. Né in proposito rileva il rapporto di parentela nella specie esistente tra l'usufruttuario ed i nudi proprietari, non rilevando tali elementi fattuali sulle ragioni di diritto che escludono la responsabilità di questi ultimi".

Sulla base delle considerazioni sopra svolte deve, di conseguenza, ritenersi la fondatezza del primo motivo di ricorso. Infatti non esiste alcuna prova che la ricorrente nuda proprietaria abbia avuto parte nella realizzazione dell'opera né che abbia il potere di provvedere alla rimessione in pristino stato della recinzione.

2. Il secondo ed il quarto motivo di ricorso sono infondati.

Dall'esame degli atti risulta che il potere esercitato non è quello relativo disciplina della circolazione, contenuto nell'art. 22 del Codice della strada, quanto quello edilizio disciplinato dal DPR 380/01 in quanto l'usufruttuario, interrompendo la recinzione della proprietà al fine di creare una nuovo passo carrabile, ha installato un nuovo cancello.

Lo si desume chiaramente sia dall'ordine di demolizione sia dalla comunicazione di avvio del procedimento, ove è espressamente contenuto il richiamo al DPR 380/01.

Ne deriva che è del tutto irrilevante accertare se si tratti di passo carrabile a raso o se al momento in cui il cancello è stato installato occorre l'autorizzazione prevista dall'art. 22 del Codice della

strada. Del pari è irrilevante che la sanzione pecuniaria sia stata sospesa dal giudice di pace ed che il ricorrente abbia presentato la richiesta di regolazione del passaggio carraio.

Per quanto riguarda, poi, la necessità del titolo edilizio, secondo prevalente e condivisa giurisprudenza (Tar Campania, III, 24/07/2019 n. 4060; idem 5 settembre 2017, n. 4244; T.A.R. Milano, Sez. II, 25 ottobre 2017, n. 2022), sono esenti dal regime del permesso di costruire solo le recinzioni “che non configurino un'opera edilizia permanente” e che consistano in “manufatti di precaria installazione e di immediata asportazione, quali, ad esempio, recinzioni in rete metalliche, sorretta da paletti in ferro o di legno e senza muretto di sostegno”. Nel caso di specie il cancello viene ad interrompere un muro di cinta in cemento, al quale si appoggia ed è saldamente ancorato al suolo, e, di conseguenza, richiede un titolo edilizio per la sua realizzazione.

3. Il terzo motivo è infondato in quanto l'ordine di demolizione di opera abusiva non è una limitazione ingiusta del diritto di proprietà in quanto l'art. 42 della Costituzione rimette alle leggi, e tra queste alla normativa edilizia, il compito di determinarne i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale.

4. Il quinto motivo di ricorso è infondato in quanto l'Adunanza plenaria n. 9 del 2017 ha stabilito (confermando l'orientamento prevalente della giurisprudenza risalente) che «il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino».

5. Il sesto motivo di ricorso è infondato in quanto secondo la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. II, sentenza 20.05.2019 n. 3208; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 15.03.2019, n. 1448; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 11.03.2019 n. 413; TAR Lazio-Roma, Sez. II-bis, sentenza 05.06.2019 n. 7300), in ragione della natura vincolata dell'ordine di ripristino dello stato dei luoghi, non è necessaria la preventiva comunicazione di avvio del procedimento.

Né tantomeno era necessario il preavviso di rigetto dell'istanza di visto presentata dal sig. - OMISSIS- (v. pag. 10 del ricorso). L'assenza di titolo edilizio, in verità, era circostanza di per sé assorbente di ogni altra questione, pertanto da sola sufficiente a legittimare la misura disposta.

6. In definitiva quindi il ricorso va accolto limitatamente alla parte in cui l'atto impugnato reca la "diffida" alla sig.ra -OMISSIS- a rimuovere l'apertura carraia. Per il resto, il ricorso va respinto.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- lo accoglie limitatamente alla "diffida" a carico della sig.ra -OMISSIS- e, per l'effetto, annulla *in parte qua* l'atto impugnato;
- per il resto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i ricorrenti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

