

Pubblicato il 25/10/2017

Sent. n. 2022/2017

REPUBBLICA ITALIANA

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 1031 del 2016, proposto da:

Giuseppe Radaelli, Michele Radaelli ed Elisa Radaelli, rappresentati e difesi dagli avvocati Mario Lavatelli, Vincenzo Latorraca e Micaela Chiesa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Milano, Via dei Piatti, 11;

contro

Comune di Arosio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Liguori, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Emilio Carlo Maria Magnoni in Milano, Largo Augusto, 3;

nei confronti di

Rosa Sacco, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dell'ordinanza prot. 1284 n. 1 del 9 febbraio 2016 e, per quanto di ragione, del verbale di sopralluogo prot. 1100 del 5 febbraio 2016, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Arosio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2017 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 15 aprile 2016 e depositato il successivo 9 maggio, i signori Giuseppe Radaelli, Michele Radaelli ed Elisa Radaelli – nella loro qualità di comproprietari del compendio immobiliare sito ad Arosio e contraddistinto catastalmente al foglio 905, mappali 963 e 3017 (già 97) – hanno impugnato l'ordinanza di demolizione emessa dal Comune in data 9 febbraio 2016.

2. Ai fini della comprensione dei fatti di causa è necessario premettere che il 26 settembre 1972 i signori Giuseppe e Michele Radaelli hanno ottenuto dal Comune di Arosio il rilascio di una licenza edilizia, con la quale era stata assentita la realizzazione, sui mappali 963-97, di un tratto di recinzione in prefabbricato, non oggetto del presente giudizio, nonché – per quanto qui specificamente interessa – di un tratto di recinzione in rete metallica. Con riferimento a quest'ultimo manufatto – che interessava il mappale 97 (ora 3017), ponendosi in fregio alla Via San Giuseppe – il provvedimento specificava che “*per la parte in rete metallica – non soggetta a licenza edilizia – e che deve avere*

carattere di provvisorietà ed essere perciò priva di opere in calcestruzzo, siano rispettate tutte le norme e leggi vigenti in materia, con particolare riguardo ai diritti dei terzi”.

E' successivamente avvenuto che il 13 dicembre 1973, in occasione di un sopralluogo effettuato dall'Ufficio tecnico comunale, sia stato constatato, alla presenza dei signori Radaelli, *“che gli stessi stavano eseguendo la parte di recinzione provvisoria con paline e rete metallica in fregio alla stradella campestre e che all'incirca a metà della loro proprietà avevano infisso in linea con la recinzione due piantane di ferro di circa 10x10 cm. non previste dal progetto in guisa da formare un accesso carraio in quanto adatte a supportare un cancello.”.*

A seguito di ciò, il 27 dicembre 1973 il Sindaco ha emesso un provvedimento, indirizzato ai signori Giuseppe e Michele Radaelli, con il quale, *“Visto il verbale di sopralluogo (...) nel quale è stata constatata l'irregolarità dei pilastri in ferro posti in modo da formare un accesso carraio” e “Visto l'art. 63 del vigente Regolamento Edilizio e la tipologia prevista dall'annesso Piano Viario, la quale prescrive un arretramento di m. 4,25 dalla mezzaria della strada”,* ha invitato i destinatari dell'atto *“a voler ottemperare a quanto sopra o arretrando detto accesso o uniformandosi al progetto di cui alla licenza edilizia n. 58 del 26 settembre 1972 che non prevede detti pilastri”.*

Successivamente, il 12 febbraio 1980, rispondendo a un esposto presentato da alcuni privati, il Sindaco ha rappresentato agli esponenti che la recinzione realizzata dai signori Radaelli presentava carattere di *“estrema provvisorietà (rete metallica senza opere in calcestruzzo)”* e che tale recinzione *“corre lungo il confine di proprietà fronteggiante una strada classificata “vicinale” dalla larghezza media di tre metri”.*

Ancora in prosieguo di tempo, nel 1993 i signori Radaelli hanno ottenuto una concessione edilizia per la realizzazione di un altro tratto di recinzione – ortogonale rispetto a quello oggetto della licenza del 1972 – questa volta con la previsione di una struttura portante costituita da un muretto in calcestruzzo, sovrastata da una cancellata.

3. Le vicende direttamente oggetto del presente giudizio traggono origine da una denuncia pervenuta al Comune il 25 maggio del 2015, a seguito della quale, con nota del 20 agosto dello stesso anno, è stato dato avviso ai signori Giuseppe e Michele Radaelli dell'avvio di un procedimento amministrativo, *“al fine di accertare:*

- l'eventuale presenza di irregolarità edilizie connesse alla realizzazione di un tratto di recinzione a carattere provvisorio realizzata sulla base della “licenza edilizia n. 58 del 26.09.1972 sull'area di vs. proprietà posta in via San Giuseppe (...);

- l'eventuale conseguente impropria occupazione di area costituente la strada vicinale di uso pubblico”.

A seguito di tale comunicazione, i signori Giuseppe e Michele Radaelli hanno partecipato al procedimento amministrativo, con la presentazione di una memoria corredata da una relazione tecnica.

Si è quindi svolto, il 26 gennaio 2016, un sopralluogo, con la partecipazione della proprietà, in esito al quale si è riscontrata la difformità della recinzione rispetto alla licenza edilizia. In particolare, nel verbale di sopralluogo è stata evidenziata la realizzazione di un cordolo di calcestruzzo di fondazione della rete metallica, non previsto dalla licenza edilizia del 1972; opera della quale è stata presunta la realizzazione in epoca successiva al 12 febbraio 1980 (ossia dopo la nota comunale sopra richiamata che indicava la presenza di una recinzione in rete metallica). Per questa ragione, il verbale evidenzia che l'opera non presenterebbe i caratteri di provvisorietà previsti dal titolo e avrebbe dovuto rispettare gli arretramenti rispetto alla mezzaria stradale previsti dagli strumenti urbanistici vigenti al tempo della sua realizzazione (4,25 ml. dalla mezzaria stradale esistente nel 1972 ovvero 5 ml nel 1993).

Quanto alla presunta occupazione della sede stradale, oggetto della denuncia presentata da terzi, il verbale conclude evidenziando che *“(...) l'assenza per oltre 40 anni dell'esercizio della servitù di uso pubblico, sulle aree presuntivamente “sottratte a tale uso”, ne hanno fatto perdere definitivamente ogni presupposto giuridico, rimanendo viceversa impregiudicati i diritti dei frontisti, qualora dimostrato a seguito della determinazione dei confini, di far valere l'eventuale illegittima occupazione della porzione di area soggetta a servitù di reciproco passaggio, come riportata negli*

atti, rilevando altresì la difficoltà di addivenire a una possibile univoca determinazione per i riferimenti contenuti negli atti stessi”.

Dopo di ciò è stata emessa l’ordinanza di demolizione impugnata, recante l’ingiunzione di provvedere alla demolizione delle *“opere eseguite in difformità dei titoli abilitativi e consistenti nella realizzazione di muretto in cls e posa di pilastri in ferro (...), con ripristino dello stato dei luoghi”*, nonché di *“documentare a questa Amministrazione comunale l’esatta determinazione dei confini tra le varie proprietà frontiste della strada vicinale denominata “via San Giuseppe” (...), fornendone idonea documentazione, con riserva di assumere ulteriori provvedimenti in merito, qualora si rendessero necessari”.*

4. Contro quest’ultimo provvedimento i ricorrenti hanno articolato i seguenti motivi di censura:

I) violazione del principio del contraddittorio, al quale l’Amministrazione si sarebbe autovincolata con la comunicazione di avvio del procedimento, in quanto il Comune avrebbe introdotto contestazioni nuove rispetto a quanto indicato nella predetta comunicazione e, inoltre, non avrebbe valutato la memoria di partecipazione procedimentale dei ricorrenti, se non parzialmente e implicitamente nel verbale di sopralluogo; in particolare: A) quanto alle presunte irregolarità edilizie, i ricorrenti affermano di aver evidenziato, partecipando al procedimento, l’affidamento qualificato determinato dal lungo tempo trascorso, che avrebbe escluso *ex se* la possibilità di invocare i poteri repressivi; affermano, inoltre, di aver rimarcato che la demolizione confliggerebbe anche con il principio di proporzionalità; l’Amministrazione non avrebbe valutato tali apporti e avrebbe introdotto nell’ordinanza di demolizione contestazioni nuove, poiché nel provvedimento si sostiene la difformità totale delle opere – tra l’altro – rispetto alla concessione edilizia del 1993, non richiamata nella comunicazione di avvio del procedimento; B) quanto alla presunta occupazione di area costituente la strada vicinale, il diritto di uso pubblico sulla strada corrisponderebbe al possesso esercitato in relazione allo stato di fatto, risalente al 1972, anno nel quale la recinzione sarebbe stata realizzata con le attuali caratteristiche; conseguentemente, il Comune non avrebbe alcun titolo per pretendere l’estensione del diritto conseguito attraverso il possesso; nessuna norma di azione prevedrebbe, inoltre, il potere del Comune di imporre la verifica delle proprietà tra i frontisti;

II) l’Amministrazione avrebbe ulteriormente violato il contraddittorio procedimentale e il vincolo che essa stessa si era data, poiché l’ordinanza di demolizione qualifica la realizzazione della recinzione come opera in totale difformità rispetto ai titoli, invece che in parziale difformità, come preannunciato nel verbale di sopralluogo;

III) la licenza edilizia del 1972 non potrebbe ritenersi – dato il lungo tempo trascorso – come di carattere provvisorio, e costituirebbe comunque un titolo sovrabbondante, poiché la realizzazione di una recinzione con un cordolo di calcestruzzo di modeste dimensioni sarebbe opera oggi assentibile con una segnalazione certificata di inizio attività, e che non avrebbe determinato alcuna incidenza sull’assetto del territorio né un’apprezzabile trasformazione urbanistica o edilizia; il provvedimento che ordina la demolizione difetterebbe, sotto questo profilo, di un’adeguata motivazione in ordine ai presupposti di fatto e di diritto atti a sorreggere la sanzione comminata, tenendo conto anche dell’affidamento qualificato dei ricorrenti; peraltro, trattandosi di opera soggetta a segnalazione certificata di inizio attività, la sanzione demolitoria non potrebbe essere irrogata;

IV) l’ordinanza di demolizione non chiarirebbe i profili di difformità riscontrati nell’opera, tuttavia: (i) se tale difformità fosse da riferire alla provvisorietà dell’opera, tale carattere non sarebbe constatabile a distanza di quaranta anni: la precarietà sarebbe stata prevista in funzione di un eventuale allargamento della strada, tuttavia non avvenuto; (ii) il cordolo sarebbe di dimensioni modeste e neppure visibile;

V) sarebbe affetta da eccesso di potere per illogicità e da violazione del principio di legalità l’ingiunzione rivolta dal Comune ai ricorrenti di accertare la consistenza delle rispettive proprietà dei frontisti.

5. Si è costituito, per resistere al ricorso, il Comune di Arosio.

6. In esito alla camera di consiglio del 26 maggio 2016, la Sezione ha emesso l'ordinanza n. 640 del 2016, con la quale ha accolto l'istanza cautelare dei ricorrenti, riscontrando il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile a loro carico nelle more della definizione del giudizio.

7. All'udienza pubblica del 13 luglio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Il ricorso è infondato, per le ragioni che si espongono di seguito.

9. I ricorrenti allegano, anzitutto, con il primo e il secondo motivo di ricorso, che l'Amministrazione avrebbe disatteso il vincolo che si sarebbe imposta nel definire l'oggetto del procedimento, prima con la comunicazione di avvio del procedimento, e poi con il verbale di sopralluogo. In questa prospettiva, essi evidenziano che l'ordinanza di demolizione afferma la totale difformità delle opere anche rispetto alla concessione edilizia del 1993, che non era stata richiamata nella comunicazione di avvio del procedimento, e che l'illecito edilizio ipotizzato nel verbale di sopralluogo consisteva in una mera difformità parziale, e non invece nella difformità totale rispetto ai titoli edilizi, indicata poi nel provvedimento finale.

9.1 Al riguardo, è sufficiente richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale, condiviso dal Collegio, per il quale l'ordine di demolizione di opere edilizie abusive non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di atto dovuto e rigorosamente vincolato, con riferimento al quale non sono richiesti apporti partecipativi del destinatario (Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2014, n. 1292; Id., 4 marzo 2013, n. 1268; Id., Sez. IV, 4 febbraio 2013, n. 666), cui va garantita soltanto la possibilità di partecipare a quelle attività di rilevamento fattuale che preludono alla valutazione circa l'adozione del provvedimento repressivo (Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2015, n. 3051).

Stante il carattere vincolato dell'attività, tale da rendere non necessaria neppure la comunicazione di avvio dell'*iter*, è da escludere la configurabilità stessa di un autovincolo da parte dell'Amministrazione, atteso che l'esito del procedimento non può che essere strettamente conseguente alle risultanze istruttorie.

9.2 D'altro canto, nel caso di specie le garanzie di partecipazione procedimentale dei ricorrenti risultano essere state ampiamente garantite.

Non solo, infatti, risulta la partecipazione della proprietà e del tecnico di parte al sopralluogo che ha consentito di accertare lo stato dei luoghi, ma gli interessati sono stati anche resi edotti, anteriormente allo svolgimento delle verifiche fattuali, dell'avvio del procedimento, e messi così pienamente in grado di interloquire con l'Amministrazione; facoltà di cui si sono effettivamente avvalsi.

La circostanza, poi, che il tenore del provvedimento finale non corrisponda esattamente, per qualche profilo, alla comunicazione di avvio del procedimento o a quanto ipotizzato nelle conclusioni espresse dai tecnici nel verbale di sopralluogo, non potrebbe in ogni caso costituire, di per sé, una lesione delle prerogative di partecipazione procedimentale. E ciò non solo perché – come detto – il provvedimento adottato costituisce, per sua natura, l'esito vincolato dell'istruttoria procedimentale svolta, ma anche per l'ulteriore ragione che, nei procedimenti a iniziativa d'ufficio, l'Amministrazione non è tenuta a comunicare lo schema finale del provvedimento che intende adottare, non essendo previsto normativamente un istituto assimilabile alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, operante con riferimento ai procedimenti a istanza di parte, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990.

9.3 Le censure vanno quindi respinte.

10. I ricorrenti lamentano, poi, sempre nel primo motivo di impugnazione, la circostanza che – a loro avviso – l'Amministrazione avrebbe omissso di prendere in considerazione l'apporto procedimentale da essi reso mediante la produzione di una memoria.

10.1 Al riguardo, deve richiamarsi l'unanime orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“ai fini della legittimità di un provvedimento non è necessario che la motivazione contenga un'analitica confutazione delle osservazioni e controdeduzioni svolte dalla parte, essendo invece sufficiente che dalla motivazione si evinca che l'amministrazione abbia effettivamente tenuto conto nel loro complesso di quelle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della propria volontà o del proprio giudizio”* (così Cons Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4928). Ciò che si richiede, ai fini

della giustificazione del provvedimento, è quindi una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso, ossia una esternazione motivazionale che renda, nella sostanza, percepibile la ragione del mancato adeguamento dell'azione amministrativa alle deduzioni partecipative (Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 603, che conferma TAR Lazio, Sez. II Ter, 7 ottobre 2015, n. 11504).

10.2 Nel caso oggetto del presente giudizio, l'apporto procedimentale dei signori Radaelli risulta essere stato preso in considerazione, atteso che la memoria da essi prodotta a seguito della comunicazione di avvio del procedimento è stata richiamata esplicitamente nel verbale di sopralluogo. Anzi – come ammesso dagli stessi interessati – le conclusioni espresse dai tecnici nel verbale di sopralluogo hanno persino fatto proprie alcune considerazioni espresse nella suddetta memoria, con riferimento alla questione attinente al diritto di uso pubblico sulla strada vicinale.

Quanto alle ulteriori argomentazioni esposte in sede procedimentale dagli odierni ricorrenti, queste erano dirette a illustrare le ragioni per le quali, secondo i signori Radaelli, il potere repressivo non avrebbe potuto essere esercitato. Tali ragioni, tuttavia, sono implicitamente confutate dal richiamo, contenuto nell'ordinanza di demolizione, alle norme di legge dalle quali l'esercizio di tale potere discende, quale esito vincolato; norme delle quali peraltro – come meglio si dirà nel prosieguo – l'Amministrazione risulta aver fatto buon governo.

10.3 Anche sotto questo profilo, le censure dei ricorrenti vanno quindi rigettate.

11. Nel primo e nel terzo motivo di impugnazione si lamenta, poi, la mancata considerazione dell'affidamento dei ricorrenti e la violazione del principio di proporzionalità.

11.1 In proposito, deve tuttavia osservarsi che la giurisprudenza, anche della Sezione, ha da tempo chiarito che “(...) *l'ordine di demolizione, come tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato e, quindi, non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione (es. Cons. Stato, VI, 31 maggio 2013, n. 3010); e non può ammettersi alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il tempo non può avere legittimato, né l'interessato può dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi (idem).*” (così, *ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2014, n. 1292; nello stesso senso: Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1774; Id., 23 ottobre 2015, n. 4880; Id., 29 gennaio 2015, n. 406; Id., 5 gennaio 2015, n. 13; Id., 4 marzo 2013, n. 1268; Id., 28 gennaio 2013, n. 498; Id., Sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6702; 4 maggio 2012 n. 2592; Id., 20 luglio 2011, n. 4403; Id., Sez. V, 11 luglio 2014, n. 4892; Id., 11 gennaio 2011, n. 79; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 9 gennaio 2017, n. 37; Id., 4 agosto 2016, n. 1567; Id., 26 maggio 2016, n. 1096; Id., 27 agosto 2014, n. 2261).

11.2 I ricorrenti invocano l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in alcuni casi determinati, deve darsi rilievo all'affidamento del proprietario al mantenimento dell'opera abusiva (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393; Id., 14 agosto 2015 n. 3933; Id., 18 maggio 2015, n. 2512; Id., Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1016; Id., Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3847).

Occorre, tuttavia, osservare che tale orientamento – sottoposto con ordinanza della Sez. VI del Consiglio di Stato n. 1337 del 24 marzo 2017 al vaglio dell'Adunanza Plenaria – subordina comunque la rilevanza dell'interesse individuale ad evitare la sanzione edilizia al riscontro di ben precise e rigorose condizioni. Non a caso, le ipotesi nelle quali viene riconosciuta rilevanza all'affidamento dei privati vengono qualificate da questo stesso indirizzo giurisprudenziale come autentici casi-limite, riscontrabili solo ove sia pacificamente accertato che: l'acquirente ed attuale proprietario del manufatto non sia responsabile dell'abuso; l'alienazione non sia avvenuta al solo fine di eludere il successivo esercizio dei poteri repressivi; sia decorso un lasso di tempo straordinariamente lungo tra la realizzazione dell'abuso il successivo acquisto, e più ancora, l'esercizio da parte dell'autorità dei poteri repressivi (in questo senso, v. ancora: Cons. Stato, Sez. VI, n. 3933 del 2015, cit.; Id., Sez. IV, n. 1016 del 2014, cit., nonché il quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria dall'ordinanza n. 1337 del 2017).

11.3 Nel caso oggetto del presente giudizio, nessuna di tali condizioni risulta riscontrabile, atteso che, anzitutto, gli attuali proprietari ammettono di essere autori dell'illecito edilizio, per cui – già per questo profilo – deve escludersi qualsivoglia affidamento meritevole di tutela al mantenimento della situazione di fatto. D'altro canto, l'epoca di realizzazione dell'abuso è controversa tra le parti, e – in ogni caso – non risulta affatto che l'Amministrazione abbia lungamente tollerato l'illecito dopo esserne venuta a conoscenza.

Emerge, infatti, dagli atti che l'attuale stato dei luoghi sia stato accertato soltanto con il sopralluogo del gennaio 2016, mentre in precedenza al Comune risultava la realizzazione della recinzione con semplice rete metallica, senza opere murarie, secondo quanto previsto dalla licenza edilizia del 1972. Ciò si evince, in particolare, dalla circostanza che, nella nota del 1980, sopra richiamata, il Sindaco aveva rassicurato alcuni privati, autori di un esposto, sulle caratteristiche della recinzione. Inoltre, nell'istanza presentata dagli odierni ricorrenti nel 1992, al fine di ottenere la concessione edilizia per la realizzazione di un diverso tratto di recinzione, le opere oggetto del presente giudizio vengono indicate nell'elaborato progettuale come *“recinzione esistente paline e rete”* (v. doc. 7 del Comune).

11.4 La fattispecie oggetto del presente giudizio, pertanto, non risulta comunque riconducibile ai casi-limite considerati dalla suddetta giurisprudenza. Conseguentemente, deve confermarsi il carattere vincolato del provvedimento. Circostanza, questa, che esclude anche uno spazio di applicazione dell'invocato principio di proporzionalità.

Da ciò il rigetto delle censure.

12. Ancora, nel primo motivo di impugnazione, i ricorrenti si diffondono sulla questione attinente alla presunta occupazione della strada vicinale, evidenziando, inoltre, che nessuna norma consentirebbe al Comune di imporre ai proprietari frontisti la verifica dell'estensione delle rispettive proprietà. Quest'ultima censura viene poi ripresa e ulteriormente articolata nel quinto motivo di ricorso.

12.1 Al riguardo, deve anzitutto osservarsi che il provvedimento impugnato consiste in un'ordinanza di demolizione di opere abusive realizzate in totale difformità rispetto al titolo edilizio. L'atto non reca invece alcuna affermazione attinente all'eventuale estensione del diritto di uso pubblico sulla strada vicinale.

12.2 Nell'ordinanza si afferma, piuttosto, che dal verbale di sopralluogo *“si evince che per l'esatta verifica del rispetto delle distanze dall'asse stradale delle porzioni in muratura, è necessario procedere all'identificazione dei confini tra le varie proprietà frontiste”* e, in tale prospettiva, ingiunge ai destinatari – come sopra detto – di *“documentare a questa Amministrazione l'esatta determinazione dei confini tra le varie proprietà frontiste della strada vicinale denominata “via San Giuseppe”, nel medesimo termine di novanta giorni sopra stabilito, fornendone idonea documentazione, con riserva di assumere eventuali ulteriori provvedimenti in merito, qualora si rendessero necessari”*.

12.3 La richiesta della documentazione dei confini tra le proprietà frontiste non è, perciò, diretta a tutelare le ragioni di altri privati proprietari, ma è funzionale al compimento di ulteriori verifiche della situazione dei luoghi, con riguardo, in particolare, al rispetto delle distanze rispetto all'asse stradale, secondo quanto evidenziato nel verbale di sopralluogo.

Peraltro, nonostante la documentazione della situazione delle proprietà frontiste sia stata testualmente *“ingiunta”* dal Comune, si tratta di una richiesta non assistita da alcuna sanzione, e che di fatto costituisce un onere per i proprietari, più che un obbligo a loro carico, in quanto diretta ad acquisire l'apporto degli interessati, al fine del puntuale accertamento della situazione dei luoghi, in vista di eventuali futuri procedimenti amministrativi.

12.4 Anche queste censure sono, quindi, infondate.

13. In considerazione di quanto sopra esposto, vanno pure rigettate le doglianze di difetto di motivazione, variamente articolate nel terzo e nel quarto motivo di ricorso, laddove si lamenta la mancata adeguata considerazione della situazione di fatto e di diritto e l'omessa illustrazione dei profili di totale difformità riscontrati dall'Amministrazione.

13.1 L'illustrazione della situazione dei luoghi, il richiamo dei precedenti titoli abilitativi e il riferimento alla fattispecie di illecito edilizio riscontrata dal Comune, con il rinvio all'articolo 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, costituiscono, infatti, motivazione sufficiente del provvedimento – vincolato – assunto dall'Amministrazione.

D'altro canto, come anticipato, la determinazione assunta risulta rispondente al paradigma normativo.

13.2 Deve anzitutto osservarsi che, secondo l'orientamento della giurisprudenza dominante, cui la Sezione ha già manifestato adesione, *“sono esenti dal regime del permesso di costruire solo le recinzioni che non configurino un'opera edilizia permanente, bensì manufatti di precaria installazione e di immediata asportazione (quali, ad esempio, recinzioni in rete metalliche, sorrette da paletti in ferro o di legno e senza muretto di sostegno), in quanto entro tali limiti la posa in essere di una recinzione rientra tra le manifestazioni del diritto di proprietà, che comprende lo “ius excludendi alios” o, comunque, la delimitazione delle singole proprietà.*

Viceversa, è necessario il permesso di costruire quando la recinzione costituisca opera di carattere permanente, incidendo in modo durevole e non precario sull'assetto edilizio del territorio, come ad esempio se è costituita da un muretto di sostegno in calcestruzzo con sovrastante rete metallica o da opera muraria (cfr. fra le tante T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 10/05/2013, n. 714).” (così: TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 20 maggio 2014, n. 1306; in termini: TAR Puglia, Bari, Sez. III, 15 settembre 2015, n. 1236; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 333; Id., Sez. V, 9 aprile 2013, n. 1922; TAR Umbria, 7 agosto 2013 n. 434; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 7 marzo 2011 n. 430;).

Alla stregua di tale indirizzo, l'opera richiedeva, pertanto, il permesso di costruire.

13.3 In ogni caso, deve rilevarsi che, anche laddove si fosse trattato di opera soggetta a semplice segnalazione di inizio attività, ciò non determinerebbe, di per sé, l'illegittimità dell'ordine di demolizione.

13.3.1 Deve, infatti, tenersi presente che, ai sensi dell'articolo 27, comma 2, primo periodo del d.P.R. n. 380 del 2001, il dirigente o il responsabile deve provvedere alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi, tra l'altro, *“quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici (...), nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici (...)”*; e ciò indipendentemente dal titolo necessario all'esecuzione dell'intervento.

Conseguentemente, laddove l'opera realizzata senza titolo, pur soggetta astrattamente a segnalazione certificata di inizio attività, non sia conforme alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, deve esserne disposta la demolizione.

Si tratta, del resto, di una previsione del tutto in linea con il tenore dell'articolo 37, comma 1 del d.P.R. n. 380 del 2001, ove l'applicazione della sanzione pecuniaria è limitata ai soli interventi edilizi – realizzati in assenza della o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività – di cui all'articolo 22, commi 1 e 2: disposizioni, queste, che richiamano espressamente la conformità urbanistica delle opere. Anche sotto questo profilo, resta, perciò, confermato che soltanto in presenza del requisito della conformità urbanistica le opere realizzate senza titolo, ma astrattamente soggette a segnalazione certificata di inizio attività, vanno sottoposte alla sanzione pecuniaria, invece che alla demolizione. Quest'ultima sanzione non può, invece, essere evitata laddove non sia riscontrabile il predetto requisito di conformità.

13.3.2 Nel caso oggetto del presente giudizio, il provvedimento impugnato – non censurato sul punto dai ricorrenti – afferma espressamente che *“l'intervento in questione risulta in contrasto con la vigente normativa urbanistica e pertanto non può essere oggetto di sanatoria”*.

Nel dettaglio, il verbale di sopralluogo ha evidenziato che il mappale 963 è destinato in parte ad *“Ambiti per attività produttive – APCr Edifici e complessi produttivi in ambiti residenziali”* e in parte ad *“Aree MV mobilità e viabilità locale di progetto”*, mentre il mappale 3017 (ex 97) è destinato in parte a *“Sistema rurale-paesistico-ecologico: ARA – aree di rilevanza locale per l'attività agricola, APA – ambiti di valore ecologico e paesistico/ecologico, A3 – ambito pedecollinare del Pilastrello*

coincidente con la zona tampone di primo livello BZP definita dal vigente PTCP della Provincia di Como” e in parte ad “*Aree MV mobilità e viabilità locale di progetto*”. E, al riguardo, la difesa comunale ha affermato che la recinzione ricade nella porzione del fondo destinata a mobilità e viabilità locale di progetto, e per questa ragione non è conforme al Piano di Governo del Territorio. La stessa difesa ha, inoltre, segnalato che le caratteristiche dell’opera sono comunque incompatibili anche con le previsioni dettate per la residua parte del mappale 3017, ove sono consentiti solo steccati tradizionali in legno.

Non è peraltro necessario approfondire ulteriormente, in questa sede, la destinazione dell’area nella quale ricade il manufatto, atteso che – come anticipato – l’insussistenza del requisito della conformità urbanistica è stata espressamente affermata dal provvedimento impugnato, il quale non è stato censurato nel ricorso per questa parte.

13.3.3 Deve quindi ribadirsi che, nel caso di specie, l’irrogazione della sanzione demolitoria era, in ogni caso, imposta dalle risultanze istruttorie, richiamate nell’ordinanza impugnata.

13.4 Quanto alla totale difformità delle opere rispetto alla licenza edilizia del 1972, questa emerge dalla circostanza che il manufatto allora assentito era un’opera del tutto precaria, e destinata a essere rimossa – secondo quanto riconosciuto dagli stessi ricorrenti – al manifestarsi dell’esigenza dell’allargamento della strada.

L’intervento concretamente realizzato, consistendo in un’opera stabile, per la presenza di un basamento murario, è perciò totalmente difforme rispetto al titolo edilizio. Né può assumere alcuna rilevanza, in senso contrario, la valutazione delle dimensioni del cordolo di sostegno della rete metallica, trattandosi di un dato che non influisce sul riscontro delle caratteristiche funzionali dell’opera concretamente realizzata, in contrasto con quanto indicato nel titolo edilizio.

14. In definitiva, per tutte le ragioni sin qui esposte, il ricorso deve essere respinto.

15. La peculiarità della vicenda e il complessivo andamento del giudizio sorreggono, tuttavia, la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2017 con l’intervento dei magistrati:

Mario Mosconi, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

Floriana Venera Di Mauro, Referendario, Estensore

L’ESTENSORE

Floriana Venera Di Mauro

IL PRESIDENTE

Mario Mosconi

IL SEGRETARIO