

**Pubblicato il 11/05/2020**

**Sent. n. 783/2020**

**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 443 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da  
- [omissis], rappresentato e difeso dagli Avv.ti Vincenzo Carnuccio e Tiziano Ugoccioni ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in Milano, Via Lanzone n. 31;

contro

- il Comune di Pregnana Milanese, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Carlo Cerami e Filippo Serpi ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Milano, Galleria San Babila n. 4/A;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo

- dell'ordinanza di demolizione e rimessa in pristino n. [omissis], notificata il 15 dicembre successivo, emessa ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. n. 380 del 2001 dal Responsabile del Settore Assetto ed Uso del Territorio del Comune di Pregnana Milanese;

- ove occorra, del rapporto di servizio della Polizia Locale del 19 novembre 2011;

- del verbale di sopralluogo del Responsabile del Settore Assetto ed Uso del Territorio e del Responsabile Ufficio Edilizia Privata effettuato in data [omissis];

- della nota prot. [omissis], nonché del documento, denominato "stradario", ad esso allegato;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

- e per l'accertamento e la dichiarazione, in via incidentale, che la Via [omissis] ha natura di strada vicinale agraria di proprietà privata;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento, prot. n. [omissis], con cui il Responsabile del Settore Assetto ed Uso del Territorio e il Responsabile del Servizio di Polizia Locale del Comune di Pregnana Milanese hanno comunicato l'avvio del procedimento di demolizione del tratto di strada abusivamente asfaltato, ordinando al ricorrente di procedervi in proprio e, in difetto, provvedendovi d'ufficio con una impresa appositamente incaricata, con spese a carico del ricorrente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pregnana Milanese;

Vista l'ordinanza n. [omissis] con cui è stata respinta la domanda cautelare formulata con il ricorso introduttivo;

Vista l'ordinanza n. [omissis] con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello avverso la pronuncia cautelare di primo grado;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Tenutasi l'udienza di smaltimento in data 28 aprile 2020, senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto legge n. 18 del 2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso introduttivo notificato in data 13 febbraio 2012 e depositato il 27 febbraio successivo, il ricorrente ha impugnato l'ordinanza di demolizione e rimessa in pristino n. [omissis], notificata il 15 dicembre successivo, emessa ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. n. 380 del 2001 dal Responsabile del Settore Assetto ed Uso del Territorio del Comune di Pregnana Milanese, chiedendo altresì l'accertamento e la declaratoria, in via incidentale, che la Via [omissis] ha natura di strada vicinale agraria di proprietà privata.

Il ricorrente è proprietario di alcuni appezzamenti di terreno, aventi destinazione agricola, siti al di fuori dal centro abitato del Comune di Pregnana Milanese e posti nelle adiacenze della strada vicinale [omissis]; tale compendio risulta adibito ad area di parcheggio e di stazionamento degli automezzi utilizzati nell'ambito dell'attività di trasporto di merci su strada svolta dal ricorrente anche tramite le imprese di cui lo stesso è legale rappresentante. Per poter raggiungere il predetto compendio è necessario percorrere la Via [omissis], che a causa del cattivo stato di manutenzione avrebbe provocato diversi danni ai mezzi e alle merci delle aziende di trasporto che l'hanno percorsa, costringendo il ricorrente a rifonderli. In conseguenza di ciò, quest'ultimo ha provveduto a proprie spese all'asfaltatura del fondo della Via [omissis] per la parte interessata dal passaggio degli automezzi, ritenendo la stessa di natura esclusivamente privata e la cui manutenzione sarebbe quindi posta a carico dei proprietari dei fondi contigui. Tuttavia, il Comune di Pregnana Milanese ha notificato l'ordinanza [omissis], con cui ha ordinato la rimessione in pristino dei luoghi, "poiché le opere sopra descritte risultano realizzate abusivamente e su suolo del demanio pubblico ed in contrasto con le norme edilizie ed urbanistiche", specificando altresì che, in caso di mancata ottemperanza entro 60 giorni dal ricevimento dell'ordinanza, si sarebbe proceduto al ripristino dello stato dei luoghi a cura dello stesso Comune e a spese del responsabile dell'abuso, secondo le previsioni di cui all'art. 35, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001. In data 26 gennaio 2012, il ricorrente, al fine di verificare l'effettiva sussistenza della natura demaniale della strada vicinale [omissis] ha formulato una istanza di accesso agli atti al Comune di Pregnana Milanese, che l'ha riscontrata in data 6 febbraio 2012.

Assumendo l'illegittimità dell'ordinanza di rimessione in pristino, il ricorrente ne ha chiesto l'annullamento, in primo luogo, per violazione ed omessa applicazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, per violazione ed erronea applicazione dell'art. 35, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 e per eccesso di potere per non aver preventivamente proceduto all'avvio del procedimento e per non aver notificato la preventiva diffida prevista dall'art. 35, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001.

Ulteriormente sono stati dedotti la violazione, falsa ed erronea applicazione, per altro differente profilo, dell'art. 35, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 e l'eccesso di potere per istruttoria carente ed omissiva per non avere preventivamente accertato il titolo di proprietà delle aree sulle quali si trova il tracciato della Via [omissis] e per carenza di motivazione.

Ancora sono stati dedotti la violazione e falsa applicazione dell'art. 35 del D.P.R. n. 380 del 2001 e degli artt. 2 e 3, comma 1, n. 52, del D. Lgs. n. 285 del 1992, la violazione, falsa ed erronea applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, per omessa e incompleta istruttoria e per carenza di motivazione.

Inoltre sono stati eccepiti la violazione, falsa ed omessa applicazione degli artt. 6 e 35 del D.P.R. n. 380 del 2001 e l'eccesso di potere sotto il profilo della lacunosa ed omessa istruttoria, lo sviamento dalla causa tipica e il travisamento dei presupposti di fatto.

Sono stati poi dedotti la violazione della normativa che disciplina l'assunzione da parte degli Enti locali degli stradari, degli elenchi e degli atti di classificazione delle strade e l'eccesso di potere per

omessa preventiva istruttoria, per carenza di motivazione e per carenza e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Infine, sono state dedotte la violazione ed errata applicazione, per altro ulteriore profilo, dell'art. 35 del D.P.R. n. 380 del 2001 e la violazione dei canoni di logicità e comune buon senso ai quali la P.A. deve comunque attenersi.

Si è costituito in giudizio il Comune di Pregnana Milanese, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 418/2012 è stata respinta la domanda cautelare formulata con il ricorso introduttivo; con l'ordinanza n. 2295/2012, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello avverso la pronuncia cautelare di primo grado.

2. Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 13 luglio 2012 e depositato il 25 luglio successivo, il ricorrente ha altresì impugnato il provvedimento, prot. n. [omissis], con cui il Responsabile del Settore Assetto ed Uso del Territorio e il Responsabile del Servizio di Polizia Locale del Comune di Pregnana Milanese hanno comunicato l'avvio del procedimento di demolizione del tratto di strada abusivamente asfaltato, ordinando ad esso ricorrente di procedervi in proprio e, in difetto, provvedendovi d'ufficio con una impresa appositamente incaricata, con spese a carico dello stesso ricorrente.

A sostegno del ricorso per motivi aggiunti sono stati dedotti, in primo luogo, la violazione, il travisamento e l'omessa applicazione dell'art. 41 del D.P.R. n. 380 del 2001 e l'eccesso di potere per incompetenza assoluta e per violazione del corretto procedimento di individuazione dell'impresa incaricata delle opere di demolizione.

Inoltre sono stati dedotti la violazione, il travisamento e la falsa applicazione della legge n. 241 del 1990.

Infine, sono stati riproposti, in via di illegittimità derivata, i motivi già dedotti avverso il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; la difesa del Comune ha segnalato che, in data 23 luglio 2012, il Responsabile dell'Ufficio Assetto ed Uso del Territorio, congiuntamente al Comando della Polizia Locale, ha adottato il provvedimento di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, che non è stato impugnato; quindi l'impresa individuata ha provveduto al ripristino dello stato dei luoghi (in data 30 luglio 2012), cui ha fatto seguito, in data 3 aprile 2013, il pagamento da parte del ricorrente della somma dovuta a titolo di spese sostenute dal Comune per la demolizione: da ciò, secondo la difesa comunale, dovrebbe scaturire l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, stante l'assenza di lesività dell'atto impugnato, avente natura endoprocedimentale, e comunque la sua improcedibilità per mancata impugnazione dell'atto del 23 luglio 2012; la difesa del ricorrente ha chiesto il rigetto delle eccezioni preliminari formulate dalla difesa del Comune e, nel merito, ha insistito per l'accoglimento dei ricorsi. All'udienza di smaltimento del 28 aprile 2020, svoltasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto legge n. 18 del 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. In via preliminare va scrutinata l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti formulata dalla difesa del Comune di Pregnana Milanese, sul presupposto dell'assenza di lesività dell'atto impugnato, avente natura endoprocedimentale, e comunque in ragione della mancata impugnazione dell'atto del 23 luglio 2012.

1.1. L'eccezione è infondata.

Il provvedimento comunale, prot. [omissis], non impugnato, attraverso il quale è stata accertata l'inottemperanza alla demolizione e si è stabilito di procedere d'ufficio per mezzo di una impresa appositamente incaricata, si pone alla stregua di un mero atto consequenziale rispetto all'ordinanza

di rimessione in pristino, la quale, se fosse annullata, determinerebbe l'automatico travolgimento del primo, stante il rapporto di stretta connessione tra i due atti.

1.2. Pertanto, la predetta eccezione va respinta.

2. Prima di passare all'esame del merito dei ricorsi, va evidenziato che l'avvenuta rimozione dell'asfaltatura ad opera dell'impresa individuata dal Comune, e quindi l'accertato ripristino dello status quo ante, non privano di interesse il ricorrente ad ottenere una pronuncia di merito, poiché l'accoglimento degli stessi consentirebbe a quest'ultimo di ottenere in restituzione la somma incamerata dal Comune per le spese di demolizione.

3. I ricorsi sono complessivamente fondati, nei sensi di seguito specificati.

4. Con la prima doglianza del ricorso introduttivo si assume l'illegittimità dell'ordine di demolizione, in quanto tale ingiunzione non sarebbe stata preceduta né da apposita comunicazione di avvio del procedimento né dalla preventiva diffida di cui all'art. 35 del D.P.R. n. 380 del 2001.

4.1. La doglianza è fondata.

Va premesso che il Comune ha posto a presupposto della propria ordinanza di demolizione la circostanza che l'attività di asfaltatura abbia riguardato una strada di proprietà comunale e non una strada appartenente alla categoria delle strade/vie vicinali private o agrarie.

L'art. 35, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 stabilisce che "qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida non rinnovabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo".

Nella fattispecie de qua è pacifico che l'ordine di demolizione non è stato preceduto dalla diffida (si veda al proposito la memoria comunale del 27 marzo 2020, pag. 8, secondo cui l'ordinanza impugnata costituirebbe, sostanzialmente, essa stessa la diffida a demolire).

Tale omissione, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, rende illegittimo l'atto di demolizione (T.A.R. Calabria, Catanzaro, II, 16 maggio 2018, n. 1050; 7 febbraio 2018, n. 368). Né si può accedere alla tesi per la quale alla "diffida" si sarebbe provveduto proprio con l'atto oggetto di impugnativa, la cui natura di provvedimento conclusivo dell'iter è invero confermata dalla preannunciata demolizione d'ufficio in caso di decorso infruttuoso del termine di sessanta giorni ivi stabilito (da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 18 giugno 2019, n. 1409).

4.2. Ciò determina l'accoglimento della scrutinata censura.

5. La fondatezza della prima doglianza del ricorso introduttivo – anche in ragione dell'avvenuta rimozione del manto di asfalto – rende irrilevante l'accertamento della natura pubblica o privata della strada (Via [omissis]), poiché l'unico interesse che permane in capo al ricorrente è quello di ottenere la rifusione delle spese di demolizione di cui il Comune gli impostò il pagamento attraverso il versamento nelle casse comunali (all. 42 del Comune).

Difatti, l'accertamento in ordine alla natura pubblica o privata di una strada, riferendosi a diritti soggettivi, può essere svolto dal giudice amministrativo soltanto in via incidentale e allorché sia necessario per accertare la legittimità di un provvedimento amministrativo (Consiglio di Stato, VI, 10 maggio 2013, n. 2544; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 11 marzo 2016, n. 507). In tal senso va segnalato che, accogliendo il ricorso avverso il provvedimento comunale che aveva inibito il transito su Via [omissis] dei mezzi del ricorrente, questo Tribunale ha già evidenziato che "l'accertamento, con efficacia di giudicato, della natura privata o pubblica o di uso pubblico della strada (...) costituisce un questione che rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario e (...) può venire qui in considerazione soltanto in via incidentale, ai sensi dell'articolo 8 del c.p.a., per valutare la legittimità dei provvedimenti impugnati" (T.A.R. Lombardia, Milano, III, 9 aprile 2019, n. 790).

In ragione dell'avvenuto annullamento dei provvedimenti impugnati, nessun accertamento – si ripete, di tipo incidentale – sulla natura pubblica o privata della strada si rende più necessario.

6. In conclusione, la fondatezza della prima doglianza del ricorso introduttivo, previo assorbimento delle restanti censure, determina l'accoglimento del predetto ricorso introduttivo e del ricorso per

motivi aggiunti e l'annullamento degli atti impugnati con gli stessi ricorsi, con le conseguenze specificate in precedenza.

7. Avuto riguardo al complessivo andamento della controversia, le spese di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti, fatta salva la rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente da porre a carico del Comune di Pregnana Milanese.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con gli stessi ricorsi impugnati, con gli effetti specificati in motivazione. Spese compensate, fatta salva la rifusione del contributo unificato in favore del ricorrente e a carico del Comune resistente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 28 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto legge n. 18 del 2020 e dal decreto n. 6 del 19 marzo 2020 del Presidente del T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, con l'intervento dei magistrati:

Alberto Di Mario, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonio De Vita

IL PRESIDENTE

Alberto Di Mario

IL SEGRETARIO