

**Pubblicato il 19/05/2021**

**Sent. n. 501/2021**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 579 del 2019, proposto da [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Angeleri e Nicola Peretti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo difensore in Torino, C.so Re Umberto, n. 71; contro

Comune di Gabiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Pizzetti e Andrea Poesio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo difensore in Torino, via Luigi Mercantini, n. 6; per l'annullamento

- della “Diffida in ordine alla demolizione di opere abusive realizzate in [omissis]”, prot. n. [omissis], a firma del Responsabile dell'Ufficio Tecnico Urbanistica del Comune di Gabiano, recante diffida-ordine di demolizione di opere abusive (“manufatto in mattoni” e “gradino”) realizzate su proprietà comunale, notificata il [omissis] alla [omissis];  
- nonché di ogni altro atto ad essa comunque preordinato, presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2021 la dott.ssa Valentina Caccamo e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. [omissis] è proprietaria – in forza di decreto di trasferimento del Tribunale di Vercelli datato [omissis], emesso nell'ambito della procedura fallimentare a carico del precedente titolare del bene – di un edificio sito nel Comune di Gabiano, posto sul declivio del centro storico comunale e con accesso principale posto sulla pubblica [omissis], che si sviluppa per due piani interrati su due lati e per un piano interamente scoperto, costituito da un locale con antistante terrazzo.

2. Successivamente all'acquisto, l'[omissis] ha chiesto ed ottenuto il permesso di costruire [omissis] del [omissis], per lavori di “*Ristrutturazione edilizia con cambio di destinazione d'uso*”, quest'ultimo relativo solo al primo piano interrato (“livello -1”) che acquisiva destinazione residenziale.

3. La ricorrente ha poi presentato la SCIA prot. [omissis] in variante al permesso di costruire, per l'esecuzione di modifiche interne e spostamenti delle finestre, così da realizzare al “livello zero”,

accessibile dalla [omissis], un locale bar con antistante terrazza panoramica; i livelli inferiori sarebbero stati invece adibiti a destinazione residenziale.

4. Dietro segnalazione di un consigliere comunale, i competenti uffici comunali procedevano in data [omissis] ad un sopralluogo presso l'immobile, all'esito del quale veniva redatto il verbale n. [omissis], in cui è dato leggere quanto segue: *“risulta essere stato sopraelevato il muro di proprietà comunale delimitante la Piazza Comunale nella parte confinante con la proprietà privata, al fine di raccordarlo con il terrazzo scoperto esistente, mediante la realizzazione di un manufatto in muratura di mattoni intonacata, di forma irregolare e dimensioni pari a mt 4,12 di lunghezza, larghezza paria 42,00 cm circa, con altezza dal piano calpestabile della Piazza che va da 43 cm fino ad un massimo di cm 50, per complessivi mq 1,73. Si evidenzia che lo stesso è stato realizzato avvolgendo parzialmente un pilastrino esistente del parapetto di proprietà comunale delimitante [omissis]. Al termine del manufatto nella parte opposta a detto pilastrino si è inoltre rilevato un piccolo manufatto “gradino” di lunghezza pari a circa mt 1,25 larghezza cm 32 ed altezza cm 16 (mq 0,40) costituito da muratura in mattoni intonacata con soprastante rivestimento in marmo spess. cm 2”*.

5. Con nota prot. [omissis], il Comune di Gabiano ha emesso una diffida/ordinanza di demolizione delle opere descritte nel succitato verbale, poiché realizzate in difformità rispetto a quanto previsto e autorizzato con il permesso di costruire per ristrutturazione e la relativa variante, assegnando a tal fine alla ricorrente un termine pari a 20 giorni per l'adempimento.

6. Con il gravame in epigrafe, munito di stanza cautelare, l'[omissis] impugna il provvedimento sopra citato chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

-*“Violazione di legge (art. 35, dpr n. 380/2001). Violazione dei principi del contraddittorio e delle garanzie procedurali. (artt. 1, 2 e 10 l. n. 241/1990). Eccesso di potere per sviamento”*, poiché sarebbe stato omesso l'atto di diffida preliminare all'emanazione dell'ordinanza di demolizione, in violazione del procedimento stabilito dall'art. 35 del D.P.R. n. 380/2001, e, inoltre, sarebbero state sostanzialmente obliterate le garanzie partecipative;

-*“Violazione di legge (art. 35, d.p.r. n. 380/2001, sotto altro profilo e con riferimento all'art. 3, comma 1; art. 22 e art. 23, comma 01, d.p.r. n. 380/2001)”*, in quanto non sussisterebbero i presupposti per l'applicazione della misura repressiva, in relazione alla natura dell'abuso realizzato;

-*“Violazione di legge (art. 3, l. n. 241/1990). Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; travisamento dei fatti; contraddittorietà con precedenti provvedimenti; difetto di presupposto”*, in quanto i manufatti in questione sarebbero non solo esistenti da molto tempo ma risulterebbero anche sin dall'origine legittimamente edificati e mai contestati dall'amministrazione;

-*“Violazione di legge (art. 35, d.p.r. n. 380/2001; art. 817 c.c.; art. 22, comma 3, l. n. 2248/1865, all.to e). Eccesso di potere per difetto e/o carenza di istruttoria e di motivazione; travisamento dei fatti; difetto di presupposto; perplessità; errore”*, in quanto le opere contestate non insisterebbero su sedime pubblico, ma su area privata acquisita dalla ricorrente.

7. Si è costituito il Comune di Gabiano per resistere al gravame, chiedendone il rigetto siccome infondato e controdeducendo nel merito alle censure della ricorrente.

8. All'esito della camera di consiglio dell'11 luglio 2019 fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, con ordinanza n. 280/2019 il provvedimento impugnato è stato sospeso in accoglimento dell'istanza cautelare.

9. Le parti hanno depositato scritti difensivi e documenti in vista dell'udienza del 23 febbraio 2021 fissata per la trattazione di merito, all'esito della quale la causa è passata in decisione ai sensi dell'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020.

10. Il ricorso è fondato nei termini che seguono.

Ritiene il Collegio di dover procedere al prioritario esame del quarto motivo di ricorso, la cui fondatezza, nei termini di seguito illustrati, comporta l'accoglimento del ricorso e l'assorbimento degli altri motivi.

11.1. Sostiene [omissis] che le opere contestate sarebbero state realizzate su proprietà privata, avendo essa acquistato dalla procedura fallimentare l'intero terrazzo (ex artt. 817 e 818 c.c., trattandosi di bene destinato in modo durevole a servizio del locale bar), e considerato che il manufatto-terrazzo

farebbe parte della struttura dell'edificio e ne rappresenterebbe l'“emersione” al di sopra del livello del piazzale.

Replica il Comune che il corpo di fabbrica su cui si trova la piazza comunale risulterebbe antecedente e ben distinto rispetto all'immobile divenuto di proprietà della ricorrente, realizzato successivamente, per cui sarebbe indubbiamente proprietà del Comune. Infatti, la porzione di terrazzo contestata, avendo inglobato il pilastrino di confine della piazza comunale, si collocherebbe, nella sua prosecuzione, al di sopra del muro di confine della piazza.

Secondo la ricorrente, tuttavia, i rilievi sarebbero fondati su una ricostruzione tecnica che procede dall'individuazione di punti di rilevazione la cui attendibilità sarebbe, allo stato, inverificabile. Tra l'altro, poiché il manufatto in questione ha larghezza di soli 42 cm (secondo le stime riferite dal competente ufficio comunale), minimi scostamenti nelle rilevazioni dei punti di riferimento sarebbero in grado di influire in modo determinante sulla precisa ubicazione della dividente tra le particelle, potendo implicare la traslazione delle linee di confine catastali astrattamente individuabili su mappa, le quali, peraltro, hanno *ex se* uno “spessore” misurabile.

Il motivo è fondato.

11.2 L'art. 35 del D.P.R. n. 380/2001 stabilisce che qualora sia accertata la realizzazione “1. (...) 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. (...)”

3-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, eseguiti in assenza di segnalazione di inizio attività, ovvero in totale o parziale difformità dalla stessa”.

La norma non lascia all'ente locale alcun spazio per valutazioni discrezionali, per cui, una volta accertata la realizzazione di interventi abusivi su suoli demaniali, da ciò deriva, quale unica ed esclusiva conseguenza, la demolizione a spese del responsabile. Non esistono, in merito, ipotesi alternative alla riduzione in pristino dei luoghi, risultando essa preordinata a evitare l'indebito utilizzo del bene demaniale, per cui, nei casi di edificazione “*contra legem*”, non occorre alcun accertamento ulteriore e occorre verificare solo che trattasi di suolo di proprietà pubblica e che nessun titolo è stato rilasciato (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 5.10.2020, n. 4266; T.A.R. Liguria, Sez. I, 5.6.2014, n. 873).

A fronte del potere-dovere di procedere alla repressione degli abusi edilizi commessi su suolo demaniale ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. n. 380/2001 e considerato il particolare rigore della norma, è necessario che l'amministrazione accerti, con particolare scrupolo, la proprietà pubblica del suolo su cui insistono le opere oggetto del procedimento repressivo, al fine di non colpire con la massima sanzione edilizia – demolizione e riduzione in pristino – un bene che potrebbe, in assenza di chiari riscontri, appartenere al privato. La stessa giurisprudenza ha delineato l'intensità dell'onere probatorio gravante sull'ente locale che voglia procedere alla demolizione di un'opera abusiva insistente su un suolo della cui natura, pubblica o privata, si controverta, precisando come a tal fine sia necessario disporre di una “*prova certa ed incontrovertibile in ordine alla proprietà pubblica del sedime*”, senza la quale “*il Comune non può avere il potere di reprimere opere di privati su di una base giuridica la cui applicabilità nel caso di specie non è comprovata dall'ente locale, al quale incombe al riguardo l'onere dimostrativo*” (Cons. Stato, Sez. VI, 23.4.2018, n. 2451).

11.3 Nel caso *sub iudice*, tuttavia, già l'ordinanza di questo Tribunale n. 280/2019 aveva ritenuto positivamente apprezzabile e meritevole di approfondimento la “*censura dedotta dalla parte ricorrente con il quarto motivo di ricorso, con particolare riferimento alla esatta individuazione della linea di confine tra la terrazza di proprietà della società ricorrente e la prospiciente piazza pubblica*”. Anche a seguito degli approfondimenti della fase di merito, ritiene il Collegio che non sia stata fornita dal Comune – su cui grava l'onere – la prova incontrovertibile della natura demaniale del suolo oggetto del contestato intervento edilizio, la quale costituisce, come sopra evidenziato, il presupposto indefettibile dell'ordinanza di rimessione in pristino. Tale obbligo richiede che l'amministrazione

compia una valutazione completa non solo dello stato attuale dei luoghi, ma anche dei dati storici relativi all'opera contestata e di tutte le risultanze documentali utili all'individuazione della relativa proprietà, che, come anzidetto, deve risultare assolutamente "certa" e non desunta sulla base di elementi che fondano un mero convincimento. Non basta, in altri termini, che il suolo su cui insistono le opere ritenute abusive sia ragionevolmente riconducibile alla proprietà del Comune, ma serve che in merito alla qualità pubblica dello stesso non residui alcun dubbio. Nel caso *sub iudice*, detta esigenza risulta ancor più pregnante alla luce delle caratteristiche del manufatto abusivo: si tratta, infatti, di costruzioni di modica entità (manufatto in muratura consistente in porzione di terrazzo sporgente sul lato a confine con la piazza e piccolo gradino) poste proprio sulla linea di confine tra la pubblica piazza e il terrazzo di proprietà della ricorrente, esistenti *in loco* da molto tempo senza che mai, nonostante l'evidenza della loro presenza, vi sia stata contestazione alcuna da parte dell'amministrazione.

Il provvedimento impugnato, invero, descrive le due opere ritenute abusive come realizzate "*in difformità dalla SCIA prot. n° 2030 del 29/05/2012*", indicando l'epoca di realizzazione delle stesse nel 2012/2013, ossia, secondo quanto meglio precisato nel precedente verbale n. [omissis], presumibilmente in corrispondenza "*con il periodo di validità del titolo edilizio originario*", ossia il p.d.c. n. [omissis]. Tuttavia, dalla documentazione fotografica depositata in giudizio dalla ricorrente emerge che, già prima dell'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dell'immobile adibito a bar, fosse esistente al limite della piazza un manufatto emergente dal piano di campagna, cioè la terrazza pertinenziale del locale al piano primo, e accanto ad esso un gradino a servizio di una porta d'ingresso. Ancor di più, la produzione fotografica effettuata dalla ricorrente in data 12 gennaio 2021 ("foto storiche" del sito) conferma l'esistenza dei manufatti già in epoca risalente.

11.4 Ciò posto, la perizia depositata in giudizio dal Comune di Gabiano non è da sola sufficiente per accertare con piana certezza – nei termini sopra precisati – la proprietà pubblica della minima porzione di suolo interessata dal manufatto in questione, in assenza di tutti gli altri elementi istruttori che restituiscono (ove presenti) l'effettiva certezza della natura demaniale dell'area. La stessa perizia, poi, non può valere a completare, in questa sede, l'istruttoria che l'amministrazione aveva il compito di svolgere prima di emanare l'ordine di demolizione impugnato: e ciò non soltanto quanto all'accertamento del titolo dominicale, ma anche rispetto alle problematiche strutturali connesse alla demolizione del manufatto, formalmente rappresentate dalla ricorrente. In particolare, già con email del 30.06.2012, [omissis] ha comunicato di aver adempiuto alla richiesta dell'amministrazione comunale di posizionare il parapetto a delimitazione della proprietà del bar in posizione arretrata (e non a filo) rispetto al termine della terrazza, pur evidenziando il pericolo di mantenere tale parte di terrazza "sporgente" verso la piazza e al limitare con la scarpata, non ritenendo sufficiente ad evitare rischi il mero posizionamento di fioriere indicato dal Comune a tale scopo. Sempre con la medesima comunicazione, poi, la ricorrente ha precisato che, essendo stata rivendicata dal Comune la proprietà di tale porzione di terrazzo, la stessa avrebbe "*preferito poterla tagliare a filo del muro ritraendola di qualche centimetro. Purtroppo quest'azione è stata fortemente sconsigliata dai progettisti, perché proprio sotto quello spigolo di cemento c'è una trave della costruzione e nessuno si è voluto prendere la responsabilità di sottoscrivere la decisione di tagliarla*". Si tratta, com'è evidente, di osservazioni che avrebbero meritato un'accurata valutazione e verifica poiché relative ad importanti aspetti inerenti la sicurezza dei luoghi – di cui non vi è traccia nel provvedimento impugnato – specialmente considerando che l'amministrazione ha ordinato, nella fattispecie, proprio la demolizione dei manufatti abusivi.

12. In conclusione, il ricorso è fondato quanto al dirimente motivo sopra esaminato e, pertanto, deve essere accolto. Stante l'effetto pienamente satisfattivo derivante dall'accoglimento della presente censura, le altre doglianze possono essere assorbite.

13. Sussistono valide ragioni, considerata la particolarità della fattispecie esaminata, per giustificare l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e conseguentemente annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Marcello Faviere, Referendario

Valentina Caccamo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Valentina Caccamo

IL PRESIDENTE

Carlo Testori

IL SEGRETARIO