

# BGer 1C\_621/2021 vom 19. September 2023

Bundesgericht, 2023-09-19, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_621\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_621_2021)

FR: TF 1C\_621/2021 du 19 septembre 2023

IT: TF 1C\_621/2021 del 19 settembre 2023

## Erwägungen

### E. 1.1

La legittimazione dell'ARE per poter espletare i suoi obblighi di sorveglianza riguardo all'applicazione e all'esecuzione del diritto federale da parte delle autorità cantonali e comunali, vigilanza che avviene principalmente per il tramite dei rimedi di diritto, è data ( art. 89 cpv. 2 lett. a LTF in relazione con l' art. 48 cpv. 4 OPT , RS 700.1; DTF 142 II 324 consid. 1.3.1; sentenze 1C\_343/2021 del 17 febbraio 2023 consid. 1.3 e 2C\_1040/2018 del 18 marzo 2021 consid. 2.2.2, non pubblicato in DTF 147 II 227 ).

### E. 1.2

Il diritto di ricorrere dell'ARE serve in maniera generale e anche nel caso in esame a sorvegliare l'esecuzione del diritto federale nei cantoni e a garantirne l'applicazione corretta e uniforme ( DTF 148 II 369 consid. 3.3.1 e 3.3.7; 142 II 324 consid. 1.3.1). Per questo motivo le autorità federali non sono vincolate da limitazioni dell'oggetto del litigio nell'ambito della procedura ricorsuale cantonale, ma possono, nel quadro del loro diritto di ricorso, formulare nuove richieste e, come nella fattispecie, anche chiedere una "reformatio in peius" (sentenza 1C\_343/2021, citata, consid. 4.3 e 1C\_238/2021 del 27 aprile 2022 consid. 1.1). La proprietaria ha avuto la possibilità di esprimersi al riguardo, motivo per cui il suo diritto di essere sentita è rispettato ( art. 29 cpv. 2 Cost. ; sentenza 1C\_76/2019 del 28 febbraio 2020 consid. 1). La possibilità di modificare la decisione impugnata a pregiudizio di una parte è peraltro prevista anche dalla legislazione ticinese (art. 86 cpv. 4 della legge ticinese sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). I ricorsi delle autorità federali devono quindi essere esaminati anche nella misura in cui concernono conclusioni che, come in concreto, le istanze cantonali non si ritengono autorizzate a trattare sulla base del diritto processuale cantonale ( DTF 136 II 359 consid. 1.2; sentenze 1C\_343/2021, citata, consid. 4.3 e 1C\_480/2019 del 16 luglio 2020 consid. 2.2). Il ricorso delle autorità federali non dev'essere tuttavia utilizzato per trattare una questione astratta del diritto oggettivo avulsa dal caso concreto. Esso deve riferirsi piuttosto, come nella fattispecie, a problemi concreti di un singolo caso effettivamente esistente, che espliciti effetti che vanno al di là dello stesso; deve avere inoltre una certa attualità e una rilevanza almeno potenziale ( DTF 135 II 338 consid. 1.2.1).

### E. 1.3

A. \_\_\_\_\_ adduce che la decisione impugnata costituirebbe, di fatto, una decisione di rinvio, e quindi incidentale ai sensi dell' art. 93 cpv. 1 lett. a LTF (al riguardo vedi DTF 148 IV 155 consid. 1.1; 144 V 280 consid. 1.2). A torto. La Corte cantonale ha infatti respinto i suoi due ricorsi e non ha rinviato la causa concernente il divieto d'uso al Comune affinché faccia rispettare questo giudizio. Nel ricorso l'ARE precisa d'altra parte espressamente di non contestare il divieto di utilizzo, motivo per cui, visto che la proprietaria non ha

impugnato la sentenza del Tribunale cantonale amministrativo, tale provvedimento, passato in giudicato, poteva e doveva essere attuato senza indugio dal Municipio già prima dell'adozione di una decisione di ripristino.

Contrariamente all'assunto della proprietaria, l'ordine di liberare i locali, quale divieto d'uso, non necessita infatti di un'ulteriore risoluzione comunale, essendo chiaro ed immediatamente eseguibile. Se del caso esso potrà essere attuato con il sigillamento di porte e finestre, il deposito delle chiavi o il cambiamento delle serrature e l'interruzione degli allacciamenti (vedi sentenza 1C\_343/2021, citata, consid. 5.3).

Per di più, la Corte cantonale, visto che il Dipartimento del territorio aveva (indirettamente) avallato il contestato ordine municipale di liberare i locali conformemente all' art. 47 del regolamento del 9 dicembre 1992 di applicazione della legge edilizia (RLE; RL 705.110), ha ritenuto che il rinvio degli atti al Governo affinché raccolga un (esplicito) avviso dipartimentale sarebbe stato chiaramente eccessivo, e che neppure la proprietaria lo pretendeva.

#### **E. 1.4**

Giova rilevare che A. \_\_\_\_\_ non ha impugnato il diniego di rilasciarle una licenza edilizia a posteriori per gli spazi abitativi ricavati illegalmente dalla parziale trasformazione della stalla, rifiuto confermato dalla Corte cantonale. Tale questione esula quindi dall'oggetto del litigio e non dev'essere esaminata. Come stabilito definitivamente dalla Corte cantonale, questo parziale cambiamento di destinazione è illegale, sia sotto il profilo formale che materiale.

#### **E. 1.5**

La replica e gli altri scritti dell'opponente si incentrano sul fatto che, successivamente all'emanazione della decisione impugnata, la situazione del fondo in esame sarebbe radicalmente mutata rispetto a quella posta a fondamento di quella sentenza. Ciò poiché, dopo il fallimento dei precedenti progetti, vi sarebbe un nuovo gestore che intenderebbe attuarne uno per l'allevamento di mucche; senza l'abitazione litigiosa questo progetto, per il quale ella intenderebbe presentare una nuova domanda di costruzione, non potrebbe essere realizzato. Adduce, manifestamente a torto, che la Corte cantonale e l'ARE non avrebbero tenuto conto di tali circostanze. È infatti ovvio che queste autorità non dovevano pronunciarsi su un'eventuale, ipotetica nuova domanda di costruzione, neppure inoltrata e ancor meno esaminata dal Comune e dal Consiglio di Stato.

L'opponente misconosce infatti che dinanzi al Tribunale federale possono essere adottati nuovi fatti e nuovi mezzi di prova soltanto se ne dà motivo la decisione dell'autorità inferiore ( art. 99 cpv. 1 LTF ). Se tale eventualità sia realizzata, dev'essere esposta nel ricorso (cfr. art. 42 cpv. 2 LTF ). Per nuovi fatti e nuovi mezzi di prova nel senso dell' art. 99 cpv. 1 LTF si intendono nova in senso improprio, ossia fatti e mezzi di prova che nella procedura precedente si sarebbero già dovuti addurre, senza che sia stato il caso. Nova in senso proprio, ossia fatti e prove che sono emersi soltanto nel momento in cui dinanzi all'autorità precedente non era più possibile addurre nuovi fatti o mezzi di prova, come in concreto successivamente all'emanazione del giudizio cantonale, sono per contro irrilevanti dinanzi al Tribunale federale ( DTF 148 V 174 consid. 2.2; 147 II 49 consid. 3.3; 143 V 19 consid. 1.2). Il Tribunale federale è infatti tenuto a giudicare se l'autorità inferiore abbia o meno violato il diritto sulla base della situazione esistente al momento in cui ha preso la propria decisione ( art. 105 cpv. 1 LTF ; sentenza 8C\_717/2022 del 7 giugno 2023 consid. 3

non destinato a pubblicazione; GRÉGORIE BOVEY, in: Commentaire de la LTF, 3a ed. 2022, n. 35 ad art. 99 LTF ). I nuovi mezzi di prova prodotti dall'opponente non possono quindi essere considerati ( DTF 148 I 160 consid. 1.7), a maggior ragione ritenuto che, come visto, la questione del rilascio di una licenza edilizia esula dall'oggetto del litigio.

### **E. 2.1**

L'ARE rileva che, poiché la Corte cantonale doveva pronunciarsi soltanto sull'ordine municipale di liberare i locali utilizzati a titolo abitativo, l'adozione di misure di ripristino più incisive non era oggetto della procedura cantonale. Precisa che la decisione impugnata non viene quindi criticata in quanto tale, ma ch'esso si avvale della possibilità di richiedere una "reformatio in peius". Ciò poiché il divieto d'uso non garantisce da solo un ripristino integrale di una situazione conforme al diritto; per raggiungere tale scopo occorre infatti imporre alla proprietaria di rimuovere tutte le opere/infrastrutture suscettibili di rendere abitabile la stalla.

Il Comune di Serravalle precisa che la decisione impugnata concerne unicamente il diniego di rilasciare una licenza edilizia a posteriori e l'ordine municipale di liberare i locali abusivamente utilizzati a scopo abitativo, ma non un ordine di ripristino di una situazione conforme al diritto, provvedimento ch'esso emanerà in seguito. Ne deduce che il ricorso dell'ARE sarebbe quindi privo di pertinenza. Nella replica il ricorrente sostiene che nella decisione governativa e in quella impugnata l'ordine di liberare i locali sarebbe stato trattato come un ordine di ripristino, e non come un provvedimento cautelare, motivo per cui tale questione dovrebbe essere chiarita visto che, a parte il diniego di utilizzazione, finora non è stato ordinato nessun provvedimento di ripristino.

### **E. 2.2**

Il divieto d'uso, ossia l'ordine di cessare immediatamente l'utilizzazione non autorizzata di un edificio, costituisce un provvedimento di natura cautelare, volto a inibire un utilizzo di un immobile non conforme alla destinazione autorizzata (in concreto l'uso a scopi abitativi di una stalla) fintanto che non verrà stabilito semmai, nell'ambito di un procedimento di rilascio di un eventuale permesso in sanatoria, se tale uso sia conforme al diritto materialmente applicabile. Quest'ordine può essere inteso in due modi: o come un semplice provvedimento, collegato in modo speculare a quello di cessare immediatamente l'utilizzazione non autorizzata, oppure come una vera e propria misura di ripristino retta dall'art. 43 della legge edilizia cantonale del 13 marzo 1991 (LE; RL 705.100). In effetti, allo scopo di impedire che un'opera edilizia sia utilizzata in modo abusivo sotto il profilo formale ma anche sostanziale, l'autorità deve emettere un divieto che ingiunga alla proprietaria di astenersi dall'utilizzarla in quel modo. A differenza dell'ordine di sospendere un'utilizzazione formalmente abusiva, questo tipo di divieto d'uso, di natura analoga a un ordine di rettifica o di demolizione, non si fonda sull'art. 42 (sospensione dei lavori), ma bensì sull'art. 43 LE (demolizione), e presuppone quindi una preventiva verifica, da esperire di regola nell'ambito di una procedura di rilascio del permesso in sanatoria, della conformità dell'utilizzazione instaurata senza licenza con il diritto materiale concretamente applicabile, provvedimento concepito quindi come una misura di ripristino retta dall'art. 43 LE. Decisivo è che un tale divieto d'uso comporta un provvedimento inibitorio, in concreto l'impossibilità di utilizzare la stalla a scopi abitativi, ma non un obbligo di fare qualcosa: l'imposizione alla proprietaria di rimuovere tutte le opere/infrastrutture suscettibili di rendere abitabile la stalla dev'essere quindi attuata con l'emanazione di un normale ordine di

ripristino ai sensi dell'art. 43 LE (sul tema vedi MARCO LUCCHINI, *Compendio per l'edilizia*, 2a ed. 2015, pag. 258-261; PETER HÄNNI, *Planungs-, Bau und besonderes Umweltschutzrecht*, 7a ed. 2022, pag. 386 segg.).

### **E. 2.3**

Come rettamente rilevato nella decisione impugnata, nel Cantone Ticino l'ordine di demolizione è disciplinato dall'art. 43 LE. Secondo questa norma, il Municipio ordina la demolizione o la rettifica delle opere eseguite in contrasto con la legge, i regolamenti edilizi o i piani regolatori, tranne il caso in cui le differenze siano minime e senza importanza per l'interesse pubblico (cpv. 1). L'ordine di demolizione avviene sotto le comminatorie dell'esecuzione d'ufficio a spese dell'obbligato ove questi non vi provveda nel termine assegnatogli (cpv. 3), e può essere impugnato dinanzi al Consiglio di Stato (art. 45 LE); contro le decisioni di quest'ultimo è dato ricorso al Tribunale cantonale amministrativo (art. 21 cpv. 1 LE). L'ordine può essere corredato dall'ingiunzione di cui all' art. 292 CP (art. 47 LE).

Occorre ricordare che riguardo alle violazioni materiali, in vista del rispetto della competenza della Confederazione e, per essa dell'autorità cantonale, l'art. 47 cpv. 1 RLE dispone che prima di ordinare la demolizione o la rettifica di edifici e impianti ubicati fuori delle zone edificabili, il Municipio deve chiedere l'avviso al Dipartimento del territorio; l'avviso riguarda il diritto di competenza cantonale. L'avviso cantonale di demolizione, sulla base del diritto federale, ha forza vincolante per il Municipio. Nonostante la sua competenza formale per emanare l'ordine di demolizione il Municipio è dunque privo, nell'ambito in questione, di qualsiasi competenza di merito (LUCCHINI, *op. cit.*, pag. 265).

### **E. 2.4**

Le menzionate specificità del divieto d'uso e di utilizzazione (art. 42 LE) e l'indicazione negli art. 43 LE e 47 RLE dei termini "demolizione" e "rettifica" parrebbero aver dato origine a un malinteso da parte del ricorrente circa la portata dell'ordine municipale litigioso. Queste norme includono in effetti, senza espressamente esplicitarlo, anche il divieto cautelare di utilizzare una costruzione realizzata, come nella fattispecie, senza permesso, o utilizzata diversamente dal permesso accordato; questo divieto, contrariamente all'ordine di demolizione, non esige l'esistenza di una violazione materiale del diritto, né che l'opera abusiva non autorizzata appaia in contrasto anche con il diritto materialmente applicabile, essendo sufficiente ch'essa sia stata realizzata senza autorizzazione. L'adozione di un divieto provvisorio d'utilizzazione, che implica di massima un pregiudizio irreparabile per l'interessato e potrebbe comportare una richiesta di indennizzo nei confronti dell'ente pubblico, esige inoltre che l'interesse pubblico prevalga su quello del proprietario a continuare a utilizzare l'opera formalmente abusiva durante la procedura volta al rilascio di un eventuale permesso in sanatoria. In tale ambito all'autorità competente a pronunciarsi al riguardo spetta un certo potere discrezionale dovendo decidere, sulla base della fattispecie concreta, se appaia giustificato far sopportare all'interessato gli inconvenienti derivanti dalla durata del procedimento e i rischi connessi all'incertezza dell'esito finale. Per contro, in presenza di un utilizzo abusivo non solo dal profilo formale ma anche sostanziale, l'ordine di ingiungere al proprietario di astenersi dall'utilizzare l'opera illegale si fonda come visto sull'art. 43 LE e presuppone una preventiva verifica, da esperire di regola nell'ambito di una procedura volta al rilascio di un permesso in sanatoria (sentenza 1C\_343/2021, citata, consid. 4.6 e 4.7; LUCCHINI, *op. cit.*, pag. 260 seg.; MAGDALENA RUOSS FIERZ,

Massnahmen gegen illegales Bauen, 1998, pag. 95 seg., 98 seg., 104-106).

### **E. 2.5**

Ora, fraintendendo parzialmente la portata nella decisione impugnata dell'uso dei termini di "demolizione" e di "rettifica", visto che al riguardo nella stessa sono state riprese le considerazioni generali relative all'adozione dei provvedimenti di "ripristino" e si insiste sul fatto che le costruzioni, come quella in esame, realizzate senza autorizzazione e in contrasto con il diritto materiale devono, rettamente, di massima essere demolite o rettificare ( DTF 147 II 309 consid. 5.5 e rinvii; sentenza 1C\_528/2021 del 3 agosto 2023 consid. 2.5 e 2.6), l'ARE parrebbe aver compreso in maniera non del tutto corretta il senso di questi termini e quindi i limiti dell'ordine litigioso. Ciò anche poiché la Corte cantonale ha sottolineato, in maniera ambigua, che il "controverso ordine (di divieto d'uso) " non è affatto sproporzionato, ma semmai generoso, nella misura in cui non impone di "ripristinare integralmente la situazione preesistente, rimuovendo tutte le opere/infrastrutture suscettibili di rendere abitabile la stalla" e che neppure l'invocato utilizzo trentennale non osta di principio alle opportune misure di ripristino. Ora, come visto, l'ordine di liberare i locali utilizzati a titolo abitativo, quale misura cautelare, non poteva includere anche l'ordine di demolire le opere suscettibili di rendere abitabile la stalla, che dovranno poi essere indicate nell'ordine di ripristino. Ciò già per il fatto che prima di ordinare la demolizione di parti di un edificio ubicato fuori della zona edificabile, il Municipio deve previamente chiedere l'avviso vincolante al Dipartimento ai sensi dell'art. 47 cpv. 1 RLE, indicante le infrastrutture da smantellare. Le parti non sostengono che un tale avviso sarebbe già stato emanato, né lo stesso figura nell'incarto cantonale.

Il ricorrente parrebbe misconoscere che il Comune poteva emanare il divieto d'uso quale misura cautelare e, solo in seguito un ordine di demolizione. Esso non era tenuto, né avrebbe potuto, visto lo stadio della procedura all'epoca, a emanarli simultaneamente, come parrebbe ritenere il ricorrente. Come visto, nel Cantone Ticino l'ordine di demolizione non dev'essere adottato congiuntamente al diniego di una licenza edilizia a posteriori; per le costruzioni fuori delle zone edificabili tale ordine può essere pronunciato soltanto dopo aver sollecitato l'avviso vincolante del Dipartimento (art. 47 cpv. 1 RLE). Certo, nella fattispecie qualora il Comune, dopo l'emanazione della sentenza impugnata, avesse sollecitato senza indugio l'avviso dipartimentale in vista dell'adozione di un ordine di demolizione, l'ARE avrebbe verosimilmente ritirato il ricorso, o lo stesso sarebbe diventato privo d'oggetto.

### **E. 3.1**

Considerate le menzionate incertezze, la decennale utilizzazione abusiva della stalla a scopi abitativi e le specificità del caso in esame, si giustifica di chiarire definitivamente la questione nel senso che, accertata ormai anche l'illegalità sostanziale della trasformazione litigiosa, tutte le opere/infrastrutture suscettibili di rendere abitabile la stalla dovranno essere smantellate. Le relative, concrete misure da adottare saranno indicate nell'avviso cantonale ai sensi dell'art. 47 RLE, che il Comune solleciterà dal Dipartimento del territorio. Nel frattempo è accertato che l'ordine di liberare i locali utilizzati illegalmente a scopi abitativi, non contestato, è immediatamente eseguibile; i locali non potranno pertanto essere utilizzati quale abitazione, adottando semmai le citate misure (suggellamento ecc.).

L'incarto è quindi rinviato al Comune di Serravalle (art. 107 cpv. 2 secondo periodo LTF) affinché solleciti senza indugio l'emanazione dell'avviso dipartimentale volto alla demolizione e rimozione totale di tutte le opere/infrastrutture suscettibili di rendere

abitabile la stalla, con le comminatorie dell'esecuzione d'ufficio a spese dell'obbligata ove ella non vi provveda nel termine assegnatole, corredato inoltre dall'ingiunzione di cui all' art. 292 CP (art. 43 LE in relazione con l'art. 47 RLE; sul tema vedi sentenza 1C\_528/2021 del 3 agosto 2023 consid. 2.5 e 2.6).

### **E. 3.2**

Ne segue che il ricorso dev'essere parzialmente accolto nel senso dei suesposti considerandi. Le spese seguono la soccombenza e sono quindi poste a carico dell'opponente ( art 66 cpv. 1 LTF ). Non si attribuiscono ripetibili alle autorità vincenti ( art. 68 cpv. 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.