

Pubblicato il 05/12/2018

Sent. n. 2735/2018

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 2592 del 2007, proposto da [omissis], rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Chierichetti, con domicilio presso la segreteria del Tar in Milano, via Corridoni, 39;

contro

Comune di Cairate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Ravizzoli, con domicilio eletto presso il suo studio in Gallarate, via S. Ronchetti 8;

per l'annullamento

del provvedimento di diniego datato 24.9.2007, prot.n.11015, successivamente trasmesso, con il quale il Comune di Cairate, con riferimento alla domanda di condono edilizio n.10/2004 del 31.3.2004, prot.3720, presentata dal ricorrente, ha respinto la domanda medesima;

di ogni ulteriore atto connesso, antecedente e conseguente al suddetto provvedimento;

e per la condanna

ex articoli 34 e 35 D.Lgs. n.80/1998 del Comune resistente al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cairate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2018 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

I ricorrenti hanno impugnato il diniego di condono presentato per l'avvenuta realizzazione senza titolo di un porticato con struttura in legno e realizzazione di tettoie con struttura verticale ed orizzontale in tubolare di ferro, realizzazione di un box ed un ripostiglio con le seguenti modifiche rispetto al progetto originario: modifiche aperture box, chiusura finestra box, modifica delle altezze del box e del ripostiglio, tamponamento verticale e formazione di una porta d'ingresso al ripostiglio. Contro il suddetto atto i ricorrenti hanno proposto i seguenti motivi di ricorso.

I) Violazione e falsa applicazione dell'art.32, comma 25 e ss. del d.l. 30.9.2003, n.269 conv. con legge 24.11.2003, n.326 e successive modifiche ed integrazioni; violazione e falsa applicazione art.1 della legge regionale della lombardia 3.11.2004, n.31; violazione e falsa applicazione della disciplina del condono edilizio di cui ai capi iv e v della legge 28.2.1985, n.47 e successive modifiche ed integrazioni, come ulteriormente modificate dall'art.39 della legge 23.12.1994, n.724.

violazione e falsa applicazione degli artt.7 e 10 bis della legge 7.8.1990, n.241; violazione e falsa applicazione degli artt.75 e 76 del d.p.r. 28.12.2000, n.445; eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento, erroneità ed insussistenza dei presupposti, incongruità della motivazione (violazione art.3 della legge n.241/1990), carenza istruttoria (violazione art.1 secondo comma l. n.241/1990), illogicità, genericità, contraddittorietà.

Secondo i ricorrenti il Comune ha qualificato come non realizzata la tettoia alla data del 31.3.2003 in quanto non presente al momento del sopralluogo, senza prendere atto del fatto che la tettoia fosse stata solo parzialmente smontata per effettuare le riparazioni e le manutenzioni che avevano condotto ad asportarne temporaneamente la copertura.

In secondo luogo l'atto sarebbe illegittimo in quanto la mancanza di una sola tettoia, comunque, non potrebbe comportare il diniego totale della domanda di condono inoltrata il 31.3.2004, la quale riguarda infatti anche altri manufatti, diversi dalla tettoia in questione, non interessati da alcuna contestazione da parte del Comune e dunque da assentire.

In terzo luogo il diniego impugnato presupporrebbe erroneamente che la tettoia in questione non fosse ultimata entro il 31.3.2003, mentre essa esisterebbe da almeno trent'anni. Secondo i ricorrenti la tettoia in questione non solo non è mai stata demolita ma è stata soltanto parzialmente smontata e rimontata per le necessaria manutenzione e poi riparata senza apportare alcuna modifica né strutturale, né funzionale.

In quarto luogo il diniego sarebbe illegittimo anche sul piano procedimentale con riguardo al profilo della mancata considerazione, da parte del diniego, del fatto che sulla domanda denegata si era già formato il silenzio assenso.

In quinto luogo il diniego oggetto del presente ricorso, poiché presenta contenuti negativi e motivazioni nuove e diverse rispetto a quelle del precedente atto del 16.12.2005, configurerebbe sul piano procedimentale anche una sostanziale violazione della ratio partecipativa garantita dagli artt.7 e 10-bis della Legge n.241/1990 i quali non devono essere applicati formalisticamente ma guardando agli effetti sostanziali che si determinano nel rapporto procedimentale tra il richiedente e l'amministrazione.

In sesto luogo i ricorrenti sostengono che il diniego oggetto del presente ricorso configuri anche una violazione e falsa applicazione dell'art.75 ("decadenza dei benefici") e dell'art.76 ("norme penali") del D.P.R. 28.12.2000, n.445 ("testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa"), articoli impropriamente evocati nel diniego impugnato.

In settimo luogo il diniego oggetto del presente ricorso risulterebbe inficiato da un ulteriore vizio procedurale costituito dalla mancata acquisizione del necessario parere della Commissione Edilizia Comunale in ordine all'istanza di sanatoria denegata.

I ricorrenti hanno quindi chiesto il risarcimento dei danni al Comune.

La difesa del Comune chiede la reiezione del ricorso evidenziando in particolare che non è stata prodotta ad oggi la documentazione fotografica della tettoia che comprovi la sua esistenza alla data del 31 marzo 2003, ma semplicemente delle fotografie relative all'attuale tettoia (prot. 12048 del 26.08.05).

All'udienza del 9 ottobre 2018 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo occorre invertire l'ordine di esame dei motivi di ricorso attribuendo priorità a quelli di carattere procedimentale in quanto possono travolgere il diniego nel suo complesso.

2. Venendo all'esame dell'ultimo profilo di ricorso, relativo alla mancanza del parere della commissione edilizia comunale sulla domanda di condono, esso è infondato.

Quanto alla censura relativa alla mancanza del parere della Commissione edilizia, va ribadito il consolidato orientamento, secondo il quale, <<La specialità del procedimento di condono edilizio rispetto all'ordinario procedimento di rilascio della concessione a edificare e l'assenza di una specifica previsione in ordine alla sua necessità rendono, per il rilascio della concessione in sanatoria, il parere

della Commissione edilizia non obbligatorio ma, tutt'al più, facoltativo, al fine di acquisire eventuali informazioni e valutazioni con riguardo a particolari e sporadici casi incerti e complessi, in assenza dei quali il rilascio della concessione in sanatoria è subordinato alla semplice verifica dei presupposti e condizioni espressamente e chiaramente fissati dal legislatore.>> (CdS, IV, n. 5619 del 2012; Cons. Stato, IV, 05/05/2017 n. 2071).

3. Il sesto profilo è infondato in quanto il richiamo alle norme relative alla decadenza dei benefici per false dichiarazioni non costituisce l'oggetto principale della decisione, che attiene alla mancanza dei requisiti oggettivi e temporali per il condono in parte delle opere abusivamente realizzate.

4. Il quinto profilo di ricorso è infondato in quanto non è necessario un nuovo preavviso di rigetto del ricorso quando l'amministrazione, valutando le memorie presentate dai partecipanti al procedimento, abbia emanato un provvedimento finale che si distacchi in tutto o in parte dai motivi del preavviso di rigetto, salvo il caso di fatti del tutto nuovi.

Nel caso di specie infatti il Comune ha sempre sostenuto che non esiste prova certa dell'esistenza delle opere al momento del condono. Rispetto a tale fatto la specificazione del preavviso di rigetto secondo la quale "la tettoia... non esisteva" al momento del sopralluogo e quella del provvedimento finale, secondo il quale la tettoia sarebbe stata realizzata dopo il 31 marzo 2003, non cambia la natura dell'accertamento e cioè che non c'era prova certa che l'opera esistesse alla data a tal fine prescritta dalla legge sul condono.

5. Prima di analizzare il quarto profilo di ricorso, relativo alla formazione del silenzio assenso, occorre analizzare i profili precedenti, relativi alla prova dell'esistenza della tettoia.

In merito all'inesistenza della tettoia al momento degli accertamenti non sussiste dubbio alcuno in quanto i ricorrenti sostengono che essa era stata smontata per lavori di manutenzione.

In merito occorre rammentare l'orientamento consolidato secondo il quale, in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente, con conseguente obbligo del Comune di ordinarne la demolizione (ex multis Tar Bari, (Puglia), sez. III, 03/04/2018, n. 496; Tar Napoli, (Campania), sez. VI, 05/03/2018, n. 1407).

Non è possibile quindi desumere dalla presunta attività di manutenzione, evidentemente illecita, la preesistenza delle opere nella stessa consistenza e funzionalità. Né a tale risultato può giungersi valutando parti accessorie di tali opere in quanto il bene oggetto di condono deve sussistere nella sua completezza.

La mancanza dell'opera al momento del rilascio del condono non può a sua volta essere sostituita con dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà le quali, se possono costituire elementi di prova necessariamente concorrenti con altri al fine di stabilire la data di realizzazione delle opere, non possono evidentemente supplire all'esistenza stessa delle opere, senza le quali il condono non può essere rilasciato. Per costante giurisprudenza, in ogni caso, l'onere della prova circa l'ultimazione dei lavori entro la data utile per ottenere il condono grava sul richiedente la sanatoria, dal momento che solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto e, in difetto di tali prove, resta integro il potere dell'Amministrazione di negare la sanatoria dell'abuso (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2018 n. 1837); sicché la circostanza che non sia stata data compiuta dimostrazione delle caratteristiche della tettoia prima del suo (asserito) temporaneo smontaggio rivela un ulteriore profilo ostativo al condono. A ciò si aggiunge che non era stata depositata la documentazione fotografica richiesta dall'art. 32, comma 35, lettera a) del D.L. 30.09.2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 30.09.2003, n. 326.

6. Il quarto motivo di ricorso è infondato in quanto la giurisprudenza ha chiarito che il titolo abilitativo tacito può formarsi, per effetto del silenzio-assenso, soltanto se la domanda di sanatoria presentata possiede i requisiti soggettivi e oggettivi per essere accolta, in quanto la mancanza di taluno di questi impedisce in radice che possa avviarsi il procedimento di sanatoria, in cui il decorso del tempo è mero co-elemento costitutivo della fattispecie autorizzativa: affinché si abbia il silenzio-assenso, occorre, cioè, che il procedimento sia stato avviato da un'istanza conforme al modello legale previsto dalla

norma che regola il procedimento di condono (TAR Lazio-Roma, Sez. II-quater, sentenza 01.09.2018 n. 9115). Nel caso in questione, poiché non è stata data piena prova da parte dei ricorrenti dell'esistenza della tettoia alla data utile per ottenere il condono, non si è formato il silenzio assenso. 7. Il ricorso è invece fondato nel secondo profilo di gravame. Infatti l'oggetto del condono è più ampio della sola realizzazione della tettoia, della cui esistenza si è discusso. Ciò si desume anche dal fatto che il Comune ha chiesto la ripresentazione di nuovi elaborati grafici per gli altri illeciti estranei alla "tettoia". Ne consegue che un diniego totale del condono, motivato con riferimento alla sola tettoia, è illegittimo per difetto di motivazione, dovendo invece il Comune esaminare tutte le richieste effettuate dal ricorrente, fatta salva l'ipotesi della loro inscindibilità che nel caso di specie non è provata.

In definitiva quindi il ricorso va parzialmente accolto con conseguente obbligo del Comune di provvedere al riesame dell'istanza per la parte diversa dalla c.d. tettoia.

8. La domanda risarcitoria va invece respinta in quanto i ricorrenti non hanno dato la prova della piena condonabilità dei manufatti diversi dalla tettoia e della completezza della relativa domanda, posta in dubbio dal Comune con la richiesta di integrazione documentale.

9. La soccombenza parziale giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente e per l'effetto annulla in parte l'atto impugnato. Respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO