

N. 00412/2010 REG.SEN.
N. 00883/2002 REG.RIC.
N. 02509/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui ricorsi numero di registro generale 883 del 2002 e 2509 del 2009,
proposti da:

IMMOBILIARE CENTRO COMMERCIALE RHODENSE s.r.l.,
con sede in Rho, in persona dell'A.U. arch. Riccardo Curti,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Gian Maria Menzani e Gian Paolo
Menzani, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano,
piazza Missori 3

contro

COMUNE di RHO, in persona dei Sindaci pro tempore, Roberto
Zucchetti e Arianna Cavicchioli, rappresentato e difeso dall'avv.
Carlo Cerami, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in
Milano, Galleria San Babila 4/A

per

- (a) l'annullamento del provvedimento dirigenziale 8 gennaio 2002 (prot. 10.1.02 n. 1294), emesso dal Servizio Ambiente e Territorio, notificato il 15.1.02, recante annullamento parziale della concessione edilizia n. 64/89 del 10.11.1989, rilasciata per il recupero edilizio della "Cascina Mazzino" di via Gandhi 29, per la parte (di immobile) non destinata a biblioteca comunale in regime di comodato gratuito;
- (b) l'accertamento dell'assenza in capo alla ricorrente di obblighi legali o contrattuali di cedere al Comune detti locali a titolo di comodato gratuito decennale o, in subordine, la declaratoria di nullità o l'annullamento degli impegni ritenuti come obbligatori [ricorso n. 883/02, notificato l'8/11 marzo, depositato il 29 marzo 2002];
- (c) l'annullamento del provvedimento 14 luglio 2009, prot. n. 35429, notificato il 16.7.09, con cui è stato negato il condono edilizio per il cambio di destinazione d'uso di locali adibiti a negozi anziché a biblioteca comunale [ricorso n. 2509/09, notificato il 27 ottobre, depositato il 16 novembre 2009].

Visti i ricorsi;

Visti i controricorsi del Comune;

Viste le memorie delle parti;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2010, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Gian Maria Menzani e l'avv. Angela

Sarli (per delega dell'avv. Cerami);

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. Nel 1989 il Comune rilasciava alla ricorrente una concessione edilizia (n. 64/89 del 10.11.1989) per il recupero della "Cascina Mazzino" di via Gandhi.

La concessione prescriveva l'osservanza e il rispetto delle condizioni di cui alla delibera consiliare 26.7.1989 n. 215. La delibera prevedeva tra l'altro (punto 9) il comodato gratuito decennale al Comune di una superficie di 240 mq per l'istituzione di una biblioteca comunale; prevedeva inoltre, al termine del comodato, la locazione degli stessi spazi al Comune, al quale conferiva altresì un diritto di prelazione in caso di vendita dell'immobile.

In contrasto con queste prescrizioni i locali venivano destinati ad esercizi commerciali e concessi in locazione a terzi.

2. Con provvedimento 18.4.1996, finalizzato all'attuazione coattiva della prescrizione, il Sindaco disponeva l'immissione del Comune nel possesso degli spazi destinati a biblioteca allo scopo di detenerli a titolo di comodato decennale.

Con sentenza 15 maggio 2001 n. 3795 il TAR Lombardia annullava il provvedimento sul rilievo che, a fronte dell'inadempimento a un *facere* di genere contrattuale posto a carico del privato da un titolo concessorio, il Sindaco non dispone di potestà ablatorie preordinate all'attuazione coattiva dell'obbligo, ma ha unicamente il potere di

dichiarare l'inefficacia della concessione per inosservanza della prescrizione, ovvero di irrogare le opportune sanzioni pecuniarie di cui alla legge 47/1985.

3. Su tale premessa il Comune, con provvedimento dirigenziale 8 gennaio 2002, disponeva "l'annullamento parziale e la decadenza in parte qua" della concessione edilizia n. 64/89 del 10.11.1989 nella parte in cui assentiva l'esecuzione di interventi edilizi finalizzati al recupero di locali da destinare a biblioteca comunale.

La Società ha impugnato il provvedimento, chiedendone l'annullamento sulla base di cinque motivi; ha chiesto inoltre al Tribunale di accertare, in sede di giurisdizione esclusiva, l'inesistenza dell'obbligo di concedere al Comune i beni di cui sopra in comodato gratuito decennale, con contestuale declaratoria di nullità parziale o annullamento di tali obblighi.

4. Con atto in data 7.1.2004 il Comune sospendeva il procedimento sanzionatorio in pendenza del termine per la presentazione delle domande di condono edilizio ex art. 32 legge 24 novembre 2003 n. 326.

La Società presentava domanda di condono per cambio di destinazione d'uso (da biblioteca a esercizi commerciali). La domanda veniva respinta, per carenza di documentazione, con provvedimento 14 luglio 2009 (pratica n. CON 417/04), che la Società ha impugnato con ricorso n. 2509/09.

5. Il Comune, costituito in entrambi i giudizi, ha controdedotto. La

ricorrente ha chiesto la riunione dei ricorsi sul rilievo, tra l'altro, che l'accoglimento del gravame nei confronti del diniego di condono edilizio comporterebbe la sopravvenuta cessazione della materia del contendere riguardo al ricorso n. 883/02(memoria 5.11.09, pagg. 2-3).

6. Stante la connessione, i ricorsi possono essere riuniti e definiti con un'unica sentenza.

Il ricorso n. 883/02 investe in primo luogo l'atto dirigenziale 8 gennaio 2002 che, constatato l'inadempimento dell'obbligo di concedere in comodato al Comune i locali destinati a biblioteca comunale, ha disposto l'annullamento e la decadenza della concessione edilizia nella parte che assentiva il recupero di detti locali.

7. Questi i motivi di ricorso:

- violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90 per omessa comunicazione di avvio del procedimento (la Società assume di avere ricevuto solo, per conoscenza, due comunicazioni di avvio indirizzate alle Società affittuarie dei locali);
- eccesso di potere per carenza dei presupposti e incompletezza di istruttoria, stante l'impossibilità di ottemperare alle richieste comunali dopo l'alienazione dei locali a terzi, avvenuta il 19.1.2001, un anno prima del provvedimento impugnato;
- carenza di motivazione sotto plurimi profili, in quanto, a prescindere dal carattere non vincolante - e di mero *obiter dictum* - di

quanto statuito in sentenza circa le (due) opzioni praticabili in caso di inosservanza delle prescrizioni concessorie (inefficacia parziale o irrogazione di sanzioni edilizie), il Comune ha scelto, per giunta immotivatamente, una terza via (annullamento parziale della concessione), senza neppure indicare le ragioni di interesse pubblico sottese all'esercizio, a distanza di dieci anni, della potestà di autotutela;

- violazione dell'art. 25 della legge n. 47/1985, carenza di motivazione, genericità del potere esercitato: il generico richiamo al capo I della legge 28 febbraio 1985 n. 47 non consentirebbe di individuare la fonte normativa del potere esercitato; tanto più che, preesistendo i locali in questione al recupero edilizio (concessionato senza aumenti di volume e superficie), la mancata attuazione della prevista destinazione d'uso solo funzionale (a biblioteca) non sarebbe sanzionabile, in assenza delle normative regionali di cui all'art. 25 cit., con l'annullamento parziale della concessione;

- violazione della legge regionale 15 gennaio 2001 n. 1 (artt. 1.1 e 1.2), trattandosi di modifica di destinazione d'uso realizzata senza opere, conforme allo strumento urbanistico, o comunque non esclusa da esso.

8. Il primo motivo di ricorso è infondato. Come documentato dal Comune (doc. 3 e 6), dell'avvio del procedimento la ricorrente ha avuto conoscenza sia per il tramite della comunicazione a lei direttamente indirizzata nel domicilio eletto presso lo studio del

proprio legale (nota 28.6.2001 prot. 3796, notificata a mezzo posta il 2.7.01, che la ricorrente non nega di avere ricevuto), sia per il tramite degli analoghi avvisi notificati alle Società affittuarie dei locali e, per conoscenza, alla stessa ricorrente nel proprio domicilio (in data 20.12.2001).

9. Il secondo motivo è parimenti infondato. L'alienazione del bene non sottrae il titolare della concessione, responsabile dell'abuso, alle sanzioni comminate dalla legge ed irrogate dall'Autorità amministrativa per l'inosservanza della normativa di settore, delle previsioni della concessione edilizia e delle modalità esecutive stabilite dalla medesima (cfr. art. 6 legge n. 47/1985, oggi art. 29 t.u. in materia edilizia approvato con d.p.r. n. 380 del 2001).

10. Il terzo ed il quarto motivo sono fondati (con conseguente assorbimento del quinto motivo) nella parte in cui censurano la mancata individuazione - e, in definitiva, l'assenza - di una fonte normativa che legittimi, nella fattispecie, il potere di annullamento.

L'ordinamento non prevede infatti l'annullamento o la decadenza della concessione edilizia come sanzione per l'inadempimento di una sua prescrizione. L'annullamento presuppone l'illegittimità originaria della concessione, e richiede l'esercizio della potestà di autotutela nelle forme dovute e nella sussistenza dei relativi presupposti (vizio originario del titolo e interesse pubblico alla sua rimozione). L'inosservanza delle prescrizioni concessorie comporta invece l'applicazione delle sanzioni - demolitorie o pecuniarie - comminate

dalla normativa edilizia, salve le ipotesi di sanatoria (ordinaria) o di condono edilizio (straordinario) laddove ne ricorrano i presupposti.

11. Il ricorso n. 883/02 propone anche una domanda di accertamento dell'inesistenza dell'obbligo di concedere in comodato gli spazi in questione, previa declaratoria di nullità (o annullamento) della relativa clausola per i seguenti motivi: - inesistenza di accordo tra le parti (art. 1325 n. 1 c.c.); - assenza di causa giuridica (art. 1325 n. 2 c.c.) trattandosi di prestazione non dovuta in base alla legge o al p.r.g.; - carenza di forma scritta prevista a pena di nullità per i contratti ultranovennali su beni immobili (art. 1325 n. 4 in relazione all'art. 1350 n. 8 c.c.); - assunzione di obblighi nel timore di evitare mali ingiusti e notevoli (artt. 1427 e 1435 c.c.).

12. Secondo il Comune la domanda coprirebbe l'improprio tentativo di eludere il giudicato formatosi sulla sentenza n. 3795/01 di questo Tribunale, che ebbe a dichiarare tardiva (e pertanto irricevibile) la domanda di annullamento della concessione edilizia n. 64/1989 e della deliberazione consiliare n. 215/89 nella parte in cui prevedevano in favore del Comune il comodato d'uso gratuito decennale della porzione immobiliare destinata ad uso pubblico.

13. Ritiene il Collegio che la domanda di accertamento negativo dell'obbligo sia, a prescindere dalla eccepita preclusione, priva di fondamento.

La prescrizione concessoria non si ricollega ad una imposizione unilaterale, estemporanea e vessatoria del Comune, ma trova precisa

corrispondenza nel progetto presentato dalla ricorrente: progetto che, sin nella sua iniziale impostazione (cfr. tav. 2, sottoscritta dal progettista e dalla proprietà, assentita con la c.e. n. 64/89: doc. 4 Comune) indicava gli spazi in questione con apposita retinatura contrassegnata dalla legenda “Superficie concessa in comodato al Comune di Rho come da punto 9 delibera C.C. n° 215 del 26-07-89”: il che significa che la Società era perfettamente consapevole dell’impegno che veniva ad assumersi nel quadro della complessa operazione di recupero della cascina sulla base degli accordi (ancorché informali) definiti in precedenza con l’Amministrazione.

La concessione, dunque, non faceva altro che recepire questo impegno, traducendolo nella correlativa prescrizione, la cui validità ed efficacia non richiedeva formalità ulteriori.

14. Deve poi escludersi che la prescrizione sia priva di causa giuridica (o di causa legittima), ovvero frutto di coartazione, giacché essa, come illustrato dalla difesa del Comune con persuasive argomentazioni, si inquadra in una complessa - e risalente - vicenda urbanistica, relativa alla lottizzazione della proprietà Dal Pozzo D’Annone, regolata da convenzioni stipulate in assenza di strumenti urbanistici, successivamente recepite nel Programma di fabbricazione e nel Piano regolatore generale, con vincoli a standard comprendenti anche, quale area per attrezzature di interesse comune, l’area della Cascina Mazzino, che doveva essere adibita, salva la conservazione della parte residenziale, a Centro tempo libero -

Centro sociale e culturale.

Ne consegue che gli obblighi previsti dalla delibera n. 215/89 - che la Società si è assunta adeguando ad essa il progetto di recupero della Cascina - trovavano causa nella lottizzazione e nel correlativo vincolo urbanistico (ancorché di controversa estensione, come traspare dalle premesse della delibera n. 215/89): vincolo definito nella delibera stessa (verosimilmente sulla base di accordi informali di tipo procedimentale), poi recepito nel progetto di recupero, infine trasfuso nella concessione edilizia n. 64/89.

Non vi è dunque ragione di dichiarare la nullità della prescrizione e l'inesistenza dell'obbligo di concessione in comodato. Altra questione - peraltro estranea al presente giudizio - è se detto obbligo sia coercibile (e con quali mezzi), se sia prescritto, e se, in aggiunta alle sanzioni propriamente edilizie, vi sia spazio per una responsabilità risarcitoria da inadempimento in applicazione delle comuni regole civilistiche.

15. Passando al ricorso n. 2509/09, esso investe, come accennato al precedente punto 4, il provvedimento 14 luglio 2009 con cui il Direttore del Servizio competente ha respinto la domanda di condono presentata dalla ricorrente - ex art. 32 decreto legge 30 settembre 2003 n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326 - per l'abusivo cambio di destinazione d'uso dei locali in questione.

Il diniego di condono è motivato dalla omessa produzione della documentazione richiesta, e cioè: della "denuncia catastale ovvero

della dichiarazione presentata per l'avvenuta iscrizione in catasto"; e della "documentazione ... atta a dimostrare come e quando si sia concretizzato il cambio d'uso oggetto della domanda rispetto alla destinazione d'uso precedente".

La ricorrente ha impugnato il diniego per violazione dell'art. 32 legge 326 cit. (commi 25 e seguenti), eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, violazione dei principi del giusto procedimento (che vietano ogni forma di inutile aggravamento). Assume, in sintesi, che il Comune disponeva di tutta la documentazione catastale necessaria (che avrebbe potuto comunque acquisire tramite collegamento al terminale del catasto), e che era perfettamente consapevole dell'epoca di compimento dell'abuso.

16. Il ricorso è fondato.

Quanto al primo profilo, va rilevato che la disciplina del condono, laddove prevede oneri di documentazione catastale, ha lo scopo di regolarizzare gli abusi anche sotto tale profilo, in modo che la situazione reale trovi corrispondenza nei relativi registri.

Ora, come risulta dalla documentazione prodotta (doc. 6 fasc. Comune), già alla domanda originaria di condono la ricorrente aveva allegato una scheda attestante l'accatastamento come "negozio" della porzione immobiliare *de qua*, i cui "identificativi catastali" (foglio 206, mapp. 101, sub 12), riportati in un riquadro della scheda stessa, corrispondono perfettamente agli estremi di identificazione dell'immobile riportati nel diniego di condono.

E' dunque da condividere l'assunto che non occorresse una nuova denuncia catastale, visto che «l'iscrizione in catasto risultava già fatta come “negozi commerciali” fin dall'anno 1993», e non è contestata alcuna difformità tra situazione reale e situazione rappresentata negli atti del catasto.

Quanto al secondo profilo, l'onere di documentare l'epoca dell'abuso è collegato alla verifica di uno dei presupposti della sanatoria, vale a dire la realizzazione dell'abuso prima del 31 marzo 2003 (art. 32 cit, comma 25). Che il cambio di destinazione - cioè l'uso commerciale degli spazi che dovevano essere adibiti a biblioteca comunale - risalisse a data anteriore era circostanza ben nota al Comune, che l'aveva contestata alla ricorrente (luglio 2001), informandone le Società conduttrici dei locali (dicembre 2001), in vista del provvedimento (oggetto del primo ricorso) che avrebbe poi emanato l'8 gennaio 2002.

17. Per le considerazioni esposte il ricorso n. 883/02 va accolto in parte, e il ricorso n. 2509/09 va accolto *in toto*, con conseguente annullamento degli atti rispettivamente impugnati. La parziale soccombenza reciproca giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, riuniti i ricorsi in epigrafe:

- accoglie in parte il ricorso n. 883/02 e per l'effetto annulla il

provvedimento dirigenziale 8 gennaio 2002;

. accoglie il ricorso n. 2509/09 e per l'effetto annulla il diniego di condono 14 luglio 2009.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio dell'11 febbraio 2010, con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere, Estensore

Giovanni Zucchini, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO