

N. 07503/2010 REG.SEN.

N. 01449/2009 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

sul ricorso numero di registro generale 1449 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gloria Anna Clizia Gordini, rappresentata e difesa dagli avv. Glauco Maiocchi e Egidio Rossi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, via Imperia 26/3;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Antonello Mandarano, Alessandra Montagnani Amendolea, Anna Maria Moramarco, Maria Rita Surano, Armando Tempesta e Daniela Dell'Oro, con domicilio eletto presso la sede dell'avvocatura, in Milano, via Andreani 10;

per l'annullamento

a. della nota del Comune di Milano notificata in data 25.3.2009,

avente ad oggetto "richiesta di permesso di costruire in sanatoria presentata con atti 1224829.0/2004 in data 6.12.2004 immobile in via Valassina, 25";

b. della nota del Comune di Milano PG n. 342149/2009 del 28.4.2009 avente ad oggetto "Permesso di costruire in sanatoria presentata con atti 1224829.0/2004";

c. se ed in quanto occorrer possa, delle deliberazioni della G.C. di Milano n. 2493 del 3.11.2004, n. 2644 del 16.11.2004 e del C.C. di Milano n. 73 del 21.12.2007;

d. nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

per l'accertamento

a. della titolarità, in capo alla ricorrente di titolo valido ed efficace in relazione al permesso di costruire in sanatoria;

b. dell'obbligo, comunque, dell'Amministrazione intimata a consegnare il permesso di costruire in sanatoria e/o rilasciarlo.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi all'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2010, relatore la dott.ssa Silvana Bini, l'avv. Clauco Maiocchi per la società ricorrente e l'avv. Antonello Mandarano per il Comune di Milano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, proprietaria di una unità immobiliare nel Comune di Milano, in Via Valsassina 25, in data 6 dicembre 2004 ha presentato domanda di permesso di costruire in sanatoria ai sensi della L. 326 del 24.11.2004, per il cambio di destinazione d'uso, da seminterrato a residenziale, di una porzione di fabbricato.

Nella domanda di condono la ricorrente quantificava la somma dovuta a titolo di oblazione in € 2.781,60, da versare in tre rate e la somma dovuta a titolo di urbanizzazione in € 1.886,45.

Al momento della presentazione della domanda la ricorrente versava la somma di € 1.886,45, ma non provvedeva, come attestato dall'ufficio competente, al versamento delle altre rate, entro il 31.10.2005.

Il Comune rilevava la mancanza della denuncia di variazione catastale, delle dichiarazioni ICI e TARSU, documentazione, che veniva prodotta in data 31.1.2007.

In data 26 febbraio 2009 il Comune comunicava di aver emesso il provvedimento di sanatoria, determinando gli oneri con un aumento di € 21.184,29, in applicazione alla delibera del C.C. n. 73 del 21 dicembre 2007.

Avverso gli atti indicati in epigrafe, la ricorrente ha articolato le seguenti censure:

- 1) eccesso di potere per falsità e travisamento dei presupposti, perplessità dei fini e sviamento, violazione e falsa applicazione

dell'art 32 L. 269/2003; violazione del principio di legalità, essendosi formato il silenzio assenso sulla domanda, anche considerando la data di presentazione della documentazione integrativa;

2) eccesso di potere per falsità e travisamento dei presupposti, perplessità dei fini e sviamento, falsa dell'art 32 L. 269/2003 sotto altro profilo: l'Amministrazione ha richiesto illegittimamente la prova dell'avvenuto pagamento, dopo la formazione del silenzio assenso;

3) violazione dei principi generali in tema di autotutela della P.A.; violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8, 9 e 10 L. 241/90. Inosservanza del principio del contraddittorio. Violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost. e 20 L. 241/90: considerando la richiesta di maggiori oneri una sorta di provvedimento di annullamento in autotutela del titolo già formato, l'Amministrazione avrebbe omesso le garanzie partecipative;

4) violazione e falsa applicazione dell'art 32 comma 36 e 37 della L. 269/2003; eccesso di potere, il diritto dell'Amministrazione di pretendere il pagamento si è prescritto;

5) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., dovendo l'Amministrazione applicare le tariffe vigenti al momento della conclusione del procedimento;

6) violazione e falsa applicazione dell'art 2 L. 241/90, dell'art 32 comma 40 L. 269/2003; violazione e falsa applicazione dell'art 4 L.R. 31/2004; violazione del principio del *tempus regit actum*; eccesso di

potere: viene violato l'art 4 della L.R. 31/2004, secondo cui gli oneri e il contributo di costruzione, ai fini della sanatoria, sono determinati applicando le tariffe vigenti all'atto di perfezionamento del procedimento di sanatoria, momento che coincide con l'avvenuta presentazione o con il completamento della documentazione richiesta dalla legge;

7) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 10 L. 241/90; inosservanza del principio del contraddittorio, non essendo stata inviata la comunicazione di avvio del procedimento;

8) violazione e falsa applicazione degli artt. 117, 97 e 3 della Costituzione: la scelta di applicare le tariffe vigenti al momento del rilascio del titolo e non della presentazione della domanda è in contrasto con i principi costituzionali.

Si costituiva in giudizio il Comune di Milano, chiedendo il rigetto del ricorso, sostenendo che il silenzio non si sarebbe formato, in quanto non vi era prova della autoliquidazione degli oneri nei termini di legge: la parte infatti ha provveduto solo a versare € 1.886,45 il 9.12.2004, senza provvedere al versamento del saldo.

Con ordinanza cautelare 841 del 2.7.2009, dopo aver escluso la formazione del titolo tacito, per incompletezza della domanda di condono, il giudizio veniva sospeso, in pendenza della questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza n. 53 del 20 marzo 2009, relativa all'art. 4, c. 6, l. Regione Lombardia n. 31/2004.

Con motivi aggiunti depositati in data 16 ottobre 2010 parte

ricorrente ha proposto le seguenti nuove censure:

9) eccesso di potere per falsità e travisamento dei presupposti, perplessità dei fini e sviamento; violazione e falsa applicazione dell'art 32 comma 37 della L. 269/2003; violazione del principio di legalità, essendosi formato il silenzio assenso sulla domanda;

10) violazione e falsa applicazione dell'art 32 comma 36 e 37 L. 269/2003; eccesso di potere;

11) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost;

12) violazione e falsa applicazione dell'art 2 L. 241/90; violazione e falsa applicazione dell'art 32 comma 40 L. 269/2003; violazione e falsa applicazione dell'art 4 L.R. 31/2004. violazione del principio del *tempus regit actum*; eccesso di potere: la determinazione degli oneri va effettuata al momento della presentazione della domanda e non al momento del rilascio del titolo;

13) violazione degli artt. 7 e 10 L. 241/90: inosservanza del principio del contraddittorio.

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio è il provvedimento con cui il Comune di Milano ha quantificato gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, applicando le tariffe della delibera consiliare n. 73 del 21.12.2007, alla domanda di sanatoria presentata ai sensi della L. 326 del 24.11.2004, per il cambio di destinazione d'uso di una

porzione di fabbricato, da seminterrato a residenziale.

2. Al fine di una precisa comprensione della questione giuridica sottesa al ricorso è opportuno visualizzare i tempi del procedimento:

- la ricorrente ha presentato la domanda di permesso di costruire in sanatoria in data 6.12.2004, allegando l'attestazione di versamento della prima rata dell'oblazione e l'anticipazione degli oneri concessori;

- la documentazione è stata integrata, a seguito di domanda dell'ufficio competente, in data 31.1.2007 con la produzione della denuncia di variazione catastale, della copia della denuncia ICI e tarsu;

- il Comune ha liquidato il contributo in base alle tariffe aggiornate dal consiglio comunale con deliberazione 21 dicembre 2007 n. 73, divenuta efficace l'8.1.2008.

Parte ricorrente rileva in principalità la formazione del silenzio assenso sulla domanda di condono; deduce poi la violazione e falsa applicazione della L.R. 31/2004, che pone come momento determinante per il calcolo degli oneri e del costo di costruzione quello del perfezionamento del procedimento di sanatoria e quindi, il momento del completamento della documentazione. Viene altresì rilevata la violazione dei principi costituzionali di buona amministrazione, nonché le garanzie di partecipazione al procedimento.

Il Comune di Milano ha invece sostenuto da un lato che non vi

fossero i presupposti per la formazione del silenzio, dall'altro il principio secondo cui gli oneri si determinano in base alle disposizioni vigenti al momento del rilascio del titolo, e ciò sia in regime ordinario, sia in regime di sanatoria (condono).

3. Il ricorso è infondato e va respinto.

3.1 Va in primo luogo esaminata la questione della formazione del silenzio.

Occorre individuare il momento in cui si è perfezionato, nella vicenda in esame, il procedimento di sanatoria.

Dall'esposizione in fatto supportata dalle produzioni documentali, risulta che la ricorrente non ha adempiuto tempestivamente a tutti gli oneri di documentazione prescritti dalla normativa sul condono, in quanto i documenti relativi alla variazione catastale, all'ICI e alla TARSU sono stati forniti dall'interessata il 31.1.2007 e dunque oltre la scadenza del termine (31.10.2005) fissato dall'art. 32, comma 35.

Il Comune afferma altresì che non era stato completato il versamento degli oneri concessori: la Sig. Gordini infatti si sarebbe limitata a versare solo la prima rata degli oneri, senza provvedere al saldo.

Poiché presupposto per la formazione del silenzio, come detto, è non solo la completezza documentale, ma anche il pagamento dell'oblazione e degli oneri concessori, il silenzio non può ritenersi formato.

Parte ricorrente, pur contestando l'affermazione del funzionario

circa il mancato versamento del saldo, tuttavia non ha fornito alcun elemento di prova dell'avvenuto versamento.

Tali ragioni inducono a respingere i motivi relativi alla formazione del silenzio (cioè le censure di cui ai nn. 1,2,3,6,9 e 12).

3.2 Parimenti infondati i motivi relativi alla prescrizione: l'art. 32 d.l. 269/03, che ai commi 36 e 37 disciplina separatamente il diritto al conguaglio (che si prescrive in un triennio) e la formazione tacita del titolo abilitativo in sanatoria (che si realizza al decorso di ventiquattro mesi dal 31 ottobre 2005 "senza l'adozione di un provvedimento negativo del comune", ove l'interessato abbia presentato tutta la documentazione richiesta ed effettuato il versamento dell'oblazione e degli oneri concessori.

Tuttavia il termine di trentasei mesi previsto dall'art. 35 comma 17 della legge 28.2.1985 n. 47, riguarda la prescrizione del diritto al conguaglio oppure al rimborso a seguito del silenzio-accoglimento formatosi sull'istanza di concessione in sanatoria (cfr. Cass. SS.UU. 23.4.09 n. 9662).

E' dunque evidente che la richiesta di conguaglio - che può dipendere da un errore di calcolo effettuato dall'interessato in sede di autoliquidazione del dovuto, ovvero, da una diversa qualificazione dell'abuso, che il Comune ritenga di ascrivere ad una diversa tipologia - non escludono la formazione del titolo tacito, salvo il caso di dichiarazione dolosamente infedele, o di carenze documentali che impediscano agli uffici comunali di esaminare tempestivamente

la domanda di sanatoria.

Dette ipotesi non si ravvedono nel caso de quo, in cui, invece, non è stato effettuato il versamento dovuto, ben sapendo l'interessata che i versamenti effettuati alla data di presentazione della domanda erano solo anticipazioni.

Le censure di cui ai motivi nn. 4 e 10 vanno quindi respinte.

3.3 I profili di illegittimità sollevati nel ricorso e nei motivi aggiunti ai punti 5, 8, 11,12 e 14 attengono alla scelta del Comune di Milano di applicare al condono le tariffe vigenti al momento del rilascio dello stesso (e cioè quelle previste dalla delibera del Consiglio Comunale n. 73/2007) e non quelle vigenti al momento della presentazione della domanda.

I motivi non meritano accoglimento.

Sulla questione appare di rilevante importanza quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale, alla quale la scrivente Sezione aveva posto il problema della costituzionalità dell'art. 4, comma 6, della legge regionale 31/2004, con propria ordinanza del marzo 2009.

Con ordinanza 17 marzo 2010 n. 105 la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, statuendo tra l'altro che:

- relativamente alle normative sul condono edilizio succedutesi nel tempo (art. 32 decreto-legge n. 269 del 2003, art. 39 legge n. 724 del 1994, art. 37 legge n. 47 del 1985) non è ravvisabile un orientamento interpretativo consolidato da cui possa ricavarsi un principio

fondamentale della legislazione statale secondo cui gli oneri di concessione debbano essere determinati con riferimento alle tariffe vigenti alla data di entrata in vigore della legge di sanatoria;

- il criterio delle tariffe vigenti al momento dell'entrata in vigore delle leggi di sanatoria di volta in volta promulgate dal legislatore statale ai fini della determinazione della misura del contributo è ben lungi dall'essere l'unica regolamentazione conforme alla Costituzione, ma rappresenta solo una delle diverse soluzioni astrattamente possibili;

- gli oneri di concessione potrebbero, in teoria, essere ancorati alle tariffe vigenti, alternativamente, al momento in cui l'abuso è iniziato, al momento in cui l'immobile abusivo è completato, al momento dell'entrata in vigore della normativa statale sul condono, al momento dell'entrata in vigore della normativa regionale sul condono, al momento in cui è stata effettuata la richiesta di condono, infine, al momento del perfezionamento del procedimento di sanatoria;

- la materia è necessariamente riservata, per la pluralità delle soluzioni possibili, alla discrezionalità del legislatore;

- in tale contesto di pluralità di soluzioni, la scelta del legislatore regionale di privilegiare l'interesse pubblico all'adeguatezza della contribuzione ai costi reali da sostenere rispetto a quello, ad esso antitetico, del cittadino alla sua piena previsione dei costi al momento della formazione del consenso - ugualmente meritevole di protezione - sembra il frutto di una scelta discrezionale implicante un

bilanciamento di interessi che può solo essere effettuato dal legislatore.

Ritiene il Collegio che le statuizioni della Corte esauriscano tutti i profili sostanziali di censura dedotti da parte ricorrente.

Il rilievo della Corte circa l'omessa indicazione, da parte del giudice remittente, dell'ambito materiale di competenza legislativa statale concorrente asseritamente inciso dalla normativa regionale, appare, in tale contesto, del tutto marginale, e pertanto non idoneo a giustificare un ulteriore rinvio alla Corte al fine di precisare che l'ambito inciso è - com'è ovvio - quello del "governo del territorio".

Sul punto preme ancora rilevare, per doverosa completezza espositiva, che le pronunce della Corte Costituzionale, anche se interpretative di rigetto o di inammissibilità - come nel caso di specie - pur non dando formalmente luogo ad un vincolo *erga omnes* (previsto dall'art. 136 della Costituzione per le sole sentenze di accoglimento), costituiscono però un autorevole precedente, soprattutto per il giudice che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, come messo più volte in evidenza dalla stessa Corte di Cassazione.

Quest'ultima, infatti, oltre ad avere escluso un proprio monopolio nell'attività di formazione del c.d. diritto vivente e nell'enunciazione di interpretazioni adeguatrici, ha espressamente riconosciuto alle pronunce della Corte Costituzionali, anche di non accoglimento, il valore di "precedente", teso ad orientare, in maniera rafforzata,

l'attività interpretativa delle corti di merito (cfr. sul punto, Cassazione civile, sezioni unite, 2.12.2004, n. 22601 e Cassazione penale, sezioni unite, 31.3.2004, n. 23106).

Sulla questione, preme altresì alla Sezione richiamare il proprio precedente specifico costituito dalla sentenza di questo TAR n. 833 del 2010.

Alla luce delle considerazioni sopra riportate, appare legittima la pretesa dell'Amministrazione di determinare gli oneri di urbanizzazione relativi al titolo in sanatoria tenendo conto delle tariffe di cui alla delibera 73/2007, vigenti all'atto del rilascio del permesso.

Una precisazione va effettuata rispetto alla censura di cui al n. 12 dei motivi aggiunti, relativa alla violazione dell'art. 32 comma 40 del decreto legge 269/2003, che consente ai Comuni, ai fini dell'istruttoria delle domande di sanatoria edilizia, di incrementare fino ad un massimo del 10 per cento, i diritti e gli oneri previsti per il rilascio per il rilascio dei titoli abilitativi edilizi, come disciplinati dalle Amministrazioni comunali per le medesime fattispecie di opere edilizie.

Il Comune di Milano si è avvalso della facoltà di cui al citato comma 40 attraverso la deliberazione di Giunta Comunale del 3.11.2004, n. 2493, il cui contenuto, anche nella parte dispositiva, ricalca esattamente la previsione di legge, fissando un incremento dei diritti e degli oneri applicabili ai titoli in sanatoria nella misura del 10 per

cento.

Gli uffici comunali hanno dato attuazione alla citata delibera 2493/2004 in maniera analoga a quanto effettuato per la delibera di Giunta 2644/2004, vale a dire aumentando nella misura del 10 per cento gli oneri concessori come fissati con la delibera consiliare 73/2007.

L'esponente ha denunciato la violazione dell'art 32 comma 40 citato, anche se unicamente con riguardo al momento della sua applicazione, sostenendo che l'incremento degli oneri concessori non potrebbe applicarsi alle domande di condono – come quella di cui è causa – presentate prima dell'adozione della delibera 2493 del 3.11.2004, ma non ravvisando altri profili di illegittimità nella condotta del Comune; profili che, quand'anche esistenti, mai potrebbero essere rilevati d'ufficio dallo scrivente giudice, ostandovi il generale principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 del codice di procedura civile, oltre che l'onere per il ricorrente di indicare, nell'atto introduttivo del giudizio, <<motivi specifici>> di gravame (cfr. art. 40 lett. c del codice del processo amministrativo; sull'onere della specificità dei motivi di ricorso, anche prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 104/2010, si vedano TAR Basilicata, sez. I, 5.3.2010 , n. 100, per il quale <<i motivi di ricorso risultano muniti di adeguata consistenza e specificazione, e possono quindi essere esaminati dal giudice, non già allorché si limitano a descrivere le conclusioni cui sono indirizzati, ma se e

quando indicano pure le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni e danno dimostrazione, secondo l'intendimento del ricorrente, del titolo e della causa delle richieste e delle norme che le giustificano, fermo restando che, in presenza di motivi generici, non può essere invocato il principio *iura novit curia*, perché la conoscenza che il giudice ha e deve avere delle norme dell'ordinamento non esonera il ricorrente dallo specificare adeguatamente le sue richieste, né il principio può essere interpretato nel senso che il giudice deve prestare la sua opera ovviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le loro pretese>> ed anche Consiglio di Stato, sez. V, 14.5.2010, n. 3019).

Ciò premesso, le censure relative alla errata applicazione del suddetto art 32 non possono essere accolte, così come formulate, alla luce delle considerazioni sopra svolte in ordine al momento rilevante per la determinazione degli oneri concessori delle istanze di condono, considerazioni alle quali il Collegio si permette di rinviare e dalle quali si desume la correttezza della pretesa comunale di calcolare gli oneri concessori alla luce della delibera consiliare 73/2007.

3.4 Rispetto alla lamentata violazione delle garanzie partecipative (motivi n. 7 e 13), è sufficiente rilevare che si tratta di un procedimento ad istanza di parte, per il quale non si ravvede la necessità di comunicazione di avvio del procedimento, e che non essendosi formato alcun titolo tacito è errata la configurazione di un

atto di annullamento in autotutela.

4. Conclusivamente il ricorso va respinto.

La novità e la complessità delle questioni trattate, che hanno richiesto l'intervento della Corte Costituzionale, inducono il Collegio a compensare interamente fra le parti le spese di causa.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Silvana Bini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)