

N. 07388/2010 REG.SEN.
N. 02404/2008 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 2404 del 2008, proposto da:

Consulting Solution S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Walter Fumagalli, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, piazza Duse, 3;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Antonello Mandarano e Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura Comunale, in Milano, via Andreani 10;

per l'annullamento del contributo dovuto per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria n. 1053 del 22 luglio 2008, ove occorra previa annullamento parziale di tale permesso nonché della delibera della giunta comunale n. 2644 del 16.11.2004 e delle delibere del consiglio comunale 21.12.07 n. 73 e della giunta comunale n. 2493 del 3 novembre 2004, con conseguente condanna del comune alla restituzione di quanto versato in eccedenza.

Visti il ricorso 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 nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2010, relatore la dott.ssa Silvana Bini, l'avv. Emiliano Fumagalli, in sostituzione dell'avv. Walter Fumagalli, 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 società ricorrente ha presentato al Comune di Milano in data 10.12.2004, istanza di sanatoria per opere di recupero di un sottotetto, destinato ad ufficio, avente una superficie di 132,35, in Via delle Armi 2.

Unitamente alla domanda è stata depositata la documentazione richiesta dall'art 32 del D.L. 269/2003, l'attestato di pagamento di € 22.334,06 per anticipazione degli oneri, mentre in data 31 maggio 2005 è stato effettuato il versamento di € 22.334,06.

L'interessata sollecitava poi il 21.7.2008 il rilascio del provvedimento conclusivo del procedimento.

Dagli atti depositati dalla difesa comunale emerge che la ricorrente ha integrato la documentazione in data 21.7.2008, depositando la denuncia TARSU e ICI, le schede catastali e il computo metrico estimativo.

Il Comune, il 22 luglio 2008, comunicava di aver emesso il provvedimento di sanatoria, determinando gli oneri in base alle tariffe approvate con delibera del C.C. n. 73 del 21 dicembre 2007.

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

1) illegittimità della delibera Giunta Comunale n. 2644 del 16.11.2004 per incompetenza, violazione dell'art 42 D.Lvo 267/2000 e dell'art 16 DPR 380/2001;

eccesso di potere per sviamento, illogicità, carenza istruttoria e in subordine violazione e falsa applicazione dell'art 4 L.R. 31/2004; in subordine errata e falsa applicazione della delibera di G.C. n. 2664/2004 e 2493/2004 per incompetenza e violazione dell'art 32 del D.Lvo 269/2003: gli oneri sarebbero stati calcolati applicando la delibera 2644/2004, aumentando del 50% e incrementando con il 10%: viene rilevata, sotto vari profili, l'erronea quantificazione degli oneri concessori da parte del Comune, nonché l'incompetenza della G.C.;

2) violazione e falsa applicazione dell' art 38 L.R. 12/2005; in subordine dell'art 97 Cost.; dell'art 1 L. 241/90 e dell'art 1175 C.C.: il comma 7 della L.R. 12/2005, introdotto dalla L.R. 4/2008 ha previsto che l'ammontare sia determinato con riferimento alla data di presentazione della domanda di permesso di costruire; la domanda è stata presentata completa il 10 dicembre 2004 e quindi andavano applicate le tariffe del 2000 e non l'aggiornamento;

3) in subordine illegittimità della delibera del C.C. n. 73 del 21.12.2007 per incompetenza, violazione di legge: dell' art 25 L.R. 12/2005 e dell'art 3 L.R. 60/77; eccesso di potere per contraddittorietà, carenza istruttoria e carenza di motivazione.

Si costituiva in giudizio il Comune di Milano, chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 7 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 per la domanda in sanatoria del permesso di costruire presentato dalla ricorrente, applicando le tariffe della delibera consiliare n. 73 del 21.12.2007.

2. Al fine di una precisa comprensione della questione giuridica sottesa al ricorso è

opportuno visualizzare i tempi del procedimento:

- la società ricorrente ha presentato la domanda di permesso di costruire in sanatoria in data 10.12.2004; la documentazione è stata integrata, a seguito di domanda dell'ufficio competente, in data 21.7.2008;
- 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.

3. Con il primo mezzo di gravame parte ricorrente rileva una pluralità di profili di illegittimità della delibera G.C. 2644/2004 e della delibera 2493/2004, con cui il Comune ha stabilito di applicare gli aumenti di legge, contestando poi nel motivo successivo, la scelta di applicare, oltre a detti aumenti, anche le tariffe aggiornate.

3.1 E' necessario premettere l'esame della disciplina statale e regionale del condono edilizio di cui al decreto legge 269/2003, con particolare riguardo al momento per la determinazione degli oneri concessori.

L'art. 32, comma 34, del decreto legge 269/2003, convertito con legge 326/2003, consente alle Regioni di incrementare fino al massimo del 100 per cento gli oneri di concessione relativi alle opere abusive oggetto di sanatoria.

In Lombardia, la legge regionale 31/2004, all'art. 4 comma 1, attribuiva ai Comuni il potere di aumentare gli oneri di urbanizzazione relativi alle opere abusive riconducibili alle tipologie di illecito numeri 1, 2 e 3, di cui all'allegato 1 al d.l. 269/2003, rispettivamente, fino al massimo del 50, 30 e 20 per cento, mediante apposita deliberazione da adottarsi entro il termine perentorio di trenta giorni dall'entrata in vigore della legge regionale 31/2004 (6 novembre 2004).

Il Comune di Milano si è avvalso della facoltà di cui al citato art. 4, comma 1, mediante deliberazione della Giunta comunale n. 2644 del 16.11.2004.

Secondo l'esponente (motivo 1.1.1), quest'ultima delibera sarebbe illegittima per incompetenza, in quanto sarebbe spettato al Consiglio comunale, ai sensi degli

articoli 42 del D.Lgs. 267/2000 (Testo Unico degli enti locali) e 16 del DPR 380/2001 (Testo Unico dell'edilizia), provvedere sugli incrementi tariffari.

Tale mezzo è infondato, in quanto la competenza consiliare è limitata (cfr. il citato art. 42, comma 2, lett. f), alla <<disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi>>, mentre nel caso di specie non è stata dettata, con la delibera 2644/2004, alcuna disciplina generale ma è stato stabilito soltanto l'adeguamento alla disciplina regionale degli oneri di urbanizzazione in relazione a taluni abusi edilizi, sicché si tratta sicuramente di una questione riservata alla Giunta, in virtù della generale e residuale competenza di tale organo prevista dall'art. 48 del D.Lgs. 267/2000.

Ancora in relazione alla delibera 2644/2004, il ricorrente lamenta (motivo 1.1.2), l'illegittimità della medesima per illogicità manifesta, sviamento di potere e carenza di istruttoria e di motivazione.

La censura è però priva di pregio, in quanto la delibera appare adeguatamente motivata, né le affermazioni in essa contenute appaiono in contrasto con il criterio di logicità che deve ispirare l'azione amministrativa.

In particolare, non appare certo erronea l'asserzione contenuta nella delibera, secondo cui l'incremento della misura degli oneri di urbanizzazione obbedisce alla finalità di << (...) combattere il fenomeno dell'abusivismo edilizio>>.

Infatti, la scelta del legislatore – statale e regionale – di incrementare gli oneri per le opere abusive è ispirata ad un scopo in senso lato "sanzionatorio", per evitare che l'autore dell'illecito edilizio, beneficiario della sanatoria, sia chiamato a corrispondere, a titolo di oneri, la stessa somma che corrisponderebbe chi chiederebbe un regolare titolo edilizio, senza avere commesso nessun abuso.

L'ordinamento non può infatti consentire il medesimo trattamento di soggetti che si trovano in posizione differente, avendo uno di questi, infatti, commesso un

abuso edilizio e essendosi posto pertanto in una condizione di illegalità.

L'aumento degli oneri, quindi, oltre a contribuire ad un trattamento "sanzionatorio" dell'autore dell'abuso, ha anche una finalità in qualche modo di prevenzione, a fronte di eventuali futuri illeciti edilizi.

Ritenuta quindi legittima sotto questi profili la delibera di Giunta 2644/2004, si pone il problema della corretta applicazione della stessa, cioè della determinazione degli oneri di urbanizzazione ai quali applicare l'aumento massimo del 50 per cento previsto dalla delibera medesima.

Sul punto, occorre premettere che la legge regionale 31/2004, all'art. 4 comma 6, prevede che gli oneri di urbanizzazione e il contributo sul costo di costruzione dovuti ai fini della sanatoria, sono determinati applicando le tariffe vigenti <<all'atto del perfezionamento del procedimento di sanatoria>>.

Il Comune di Milano ha interpretato la norma, come agevolmente si desume anche dall'esame dei suoi scritti difensivi, nel senso che l'incremento di cui alla delibera 2644/2004 debba calcolarsi sulle tariffe effettivamente vigenti al momento del rilascio del titolo in sanatoria (nella presente fattispecie il titolo è stato rilasciato il 3.9.2008, cfr. doc. 1 ricorrente), sicché la tariffa-base, sulla quale calcolare gli aumenti per le opere abusive, deve necessariamente tenere conto degli adeguamenti periodici degli oneri di urbanizzazione, decisi dai Comuni in virtù delle generali previsioni dell'art. 16 comma 6 del DPR 380/2001 e della legge regionale 12/2005.

Il Comune di Milano ha disposto tali adeguamenti periodici mediante deliberazione consiliare n. 73 del 21.12.2007, per cui l'Amministrazione ha tenuto conto degli oneri di urbanizzazione introdotti da quest'ultima, al fine del calcolo degli aumenti di cui alla pregressa delibera di Giunta n. 2644/2004. X

Diversa, invece, la posizione della parte ricorrente, per cui gli oneri per la sanatoria

dovevano determinarsi tenendo conto delle tariffe vigenti al momento di presentazione della domanda di condono (dicembre 2004), quindi in base alle tariffe anteriori a quelle – maggiorate – di cui alla delibera 73/2007.

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 o, 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 a sostegno della eccezione di incostituzionalità della norma regionale. 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.

3.2 Ciò premesso, 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, sulle quali calcolare l'aumento di cui alla delibera 2644/2004.

3.3 Al contrario, appaiono meritevoli di accoglimento le censure articolate all'interno del primo motivo, ai punti 1.3, 1.4 e 1.5, circa la violazione, da parte degli uffici comunali, dell'art. 32, comma 40, del decreto legge 269/2003 e della connessa delibera di Giunta 2493/2004, attuativa della previsione di legge, attraverso la quale il Comune ha incrementato del 10% i diritti e gli oneri applicabili al rilascio dei titoli edilizi in sanatoria ai sensi del citato art. 32, comma 40, il quale così dispone: “Alla istruttoria della domanda di sanatoria si applicano i medesimi diritti e oneri previsti per il rilascio dei titoli abilitativi edilizi, come disciplinati dalle Amministrazioni comunali per le medesime fattispecie di opere edilizie. Ai fini della istruttoria delle domande di sanatoria edilizia può essere determinato dall'Amministrazione comunale un incremento dei predetti diritti e oneri fino ad un massimo del 10 per cento da utilizzare con le modalità di cui all'articolo 2, comma 46, della legge 23 dicembre 1996, n. 662. Per l'attività istruttoria connessa al rilascio delle concessioni in sanatoria i comuni possono utilizzare i diritti e oneri di cui al precedente periodo, per progetti finalizzati da svolgere oltre l'orario di lavoro ordinario”.

Come emerge dal tenore letterale della norma, l'incremento percentuale in questione è applicabile non agli oneri concessori relativi all'intervento edilizio, ma ai diritti ed oneri correlati alla istruttoria delle domande finalizzate al rilascio del titolo abilitativo; diritti ed oneri che il Comune ha facoltà di incrementare in relazione al maggior impiego di risorse (personale e mezzi) che qualsiasi sanatoria - implicante un afflusso eccezionale di istanze da istruire ed evadere in aggiunta all'attività ordinaria - notoriamente richiede.

Ora, poiché la delibera in questione (n. 2493/04) si limita a disporre l'incremento percentuale con esplicito riferimento al disposto legislativo (e sotto tale profilo deve respingersi la censura circa una presunta incompetenza della Giunta a favore del Consiglio, visto che la Giunta si è limitata a dare mera esecuzione al dettato legislativo, senza adottare alcun criterio generale sulle tariffe, riservato invece al Consiglio), essa va letta in conformità alla norma di legge nell'interpretazione che sopra si è data; con la conseguenza che deve ritenersi illegittima non la deliberazione, ma l'applicazione che ne hanno fatto gli uffici comunali, secondo i quali essa autorizzerebbe un (ulteriore) incremento (non dei diritti ed oneri di istruttoria ma) degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria.

Sotto tale profilo, il primo motivo deve accogliersi, con conseguente obbligo per il Comune di rideterminare gli oneri concessori senza l'illegittimo - per le ragioni sopra esposte - incremento del 10 per cento degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, provvedendo altresì al rimborso di quanto eventualmente versato in eccedenza, con interessi legali dall'avvenuto pagamento al saldo.

4. Quanto sopra dedotto è sufficiente per respingere il secondo motivo, ove si sostiene che gli oneri concessori dovessero essere determinati con riguardo al momento di presentazione della domanda di condono, in analogia con quanto previsto dall'art. 38, comma 7-bis, della legge regionale 12/2005, in forza del quale

L'ammontare degli oneri di urbanizzazione è fissato con riferimento alla data di presentazione della richiesta del permesso di costruire, purché la documentazione richiesta sia completa.

La censura è però infondata, anche in considerazione della circostanza che la propria domanda di condono del dicembre 2004 non era completa della documentazione prevista dalla legge e di conseguenza non può neppure configurarsi, nel caso di specie, un'ipotesi di formazione di titolo abilitativo tacito in sanatoria, secondo quanto previsto dall'art. 32 comma 37 del decreto legge 269/2003, visto che l'asserito ritardo nella definizione della domanda non è addebitabile al Comune.

Il biennio assegnato al Comune per provvedere (trascorso il quale si forma il silenzio-assenso) decorre infatti dalla presentazione di un'istanza debitamente documentata (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 30.6.2010 n. 4174; 23.7.2009 n. 4671; sez. V, 21.9.2005 n. 4946; sez. II, 13.6.2007 n. 1797/2007).

Nel caso di specie, la difesa dell'Amministrazione Comunale ha dimostrato che la società ricorrente ha depositato la documentazione mancante, producendo le copie della denuncia di variazione ICI e TARSU, gli originali delle attestazioni dei versamenti, le schede catastali e il computo metrico estimativo, in data 21 luglio 2008, per cui appare rispettato il citato termine di due anni, avendo la società istante ricevuto comunicazione del rilascio del permesso di costruire in sanatoria il 22.8.2008.

4. Nel terzo motivo, proposto in via subordinata, viene denunciata la presunta illegittimità della delibera consiliare 73/2007, per violazione dell'art. 3 della legge regionale 60/1977, in base alla quale il Comune di Milano, in mancanza dell'adozione del piano dei servizi, ha adeguato gli oneri di urbanizzazione.

La censura è infondata.

Premesso, in primo luogo, che la delibera 73/2007 costituisce atto a contenuto generale, non soggetto come tale ad un obbligo di specifica motivazione ai sensi dell'art. 3 comma 2 della legge 241/1990, l'esame della documentazione integrale allegata alla delibera, esclude che l'Amministrazione comunale sia incorsa nei vizi di contraddittorietà e carenza di istruttoria denunciati nel gravame.

Si veda infatti, in particolare, la relazione tecnica del 10.10.2007 a firma del Direttore di Settore ed elaborata da un gruppo di lavoro intersettoriale, il quale, nel procedere all'aggiornamento dei parametri di costo di cui alla pregressa delibera consiliare del 2000, ha tenuto conto dei dati analitici trasmessi dai vari Settori del Comune relativi al 2005, poi confermati per l'anno 2006, non essendo emerso alcuno scostamento significativo.

Le contestazioni esposte nel motivo in esame finiscono poi per costituire inammissibili censure non di legittimità ma di merito dell'azione amministrativa, essendo rivolte contro un'attività amministrativa caratterizzata da elevata discrezionalità e suscettibile di censura solo in caso di manifesta illogicità ed irrazionalità, non riscontrabili nel caso di specie.

Da ultimo, la lamentela circa una presunta competenza della Giunta e non del Consiglio nell'adozione della citata delibera 73/2007 (punto 4.7 del gravame), è smentita dall'espressa previsione dell'art. 3 comma 1 della citata legge regionale 60/1977, in forza del quale i Comuni determinano l'incidenza degli oneri di urbanizzazione <<con delibera consiliare>>, senza contare che la fissazione, in via generale, degli oneri di urbanizzazione appare riconducibile senza dubbio alla competenza del Consiglio in forza del già citato art. 42 comma 2 lettera f) del Testo Unico degli enti locali.

5. In conclusione il ricorso è in parte fondato, con conseguente obbligo dell'Amministrazione di provvedere al rimborso di quanto eventualmente versato

in eccedenza, con interessi legali dall'avvenuto pagamento al saldo.

Per il resto il ricorso deve essere respinto.

6. La rilevante complessità e la novità delle questioni trattate che hanno richiesto un rinvio alla Corte Costituzionale, oltre alla reciproca soccombenza, inducono il Collegio alla compensazione integrale fra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione e lo respinge per la restante parte.

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 29/11/2010

IL SEGRETARIO

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

