

N. 07093/2023REG.PROV.COLL.

N. 03251/2019 REG.RIC.

N. 09696/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3251 del 2019, proposto da Errelegno s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Carimati e Francesco Ferrari, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandro Scarselli, in Roma, via degli Astalli, n. 19;

contro

Comune di Desio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Sarli, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons, in Roma, via Cicerone, n. 44;

sul ricorso numero di registro generale 9696 del 2019, proposto da Errelegno s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Carimati e Francesco Ferrari, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandro Scarselli, in Roma, via degli Astalli, n. 19;

contro

Comune di Desio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Sarli, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons, in Roma, via Cicerone, n. 44;

per la riforma

quanto al ricorso n. 3251 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano (sezione Quarta) n. 02162/2018, resa tra le parti, concernente un diniego di permesso di costruire in sanatoria;

quanto al ricorso n. 9696 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano (sezione Seconda) n. 00746/2019, resa tra le parti, concernente un'ordinanza di demolizione e il conseguente atto di individuazione dell'area da acquisire gratuitamente al patrimonio comunale.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il Cons. Alessandro Maggio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con provvedimento 6/9/2007, prot. n. 37048, il Comune di Desio ha respinto la richiesta di condono edilizio, *ex art.* 32 del D.L. 30/9/2003, n. 269, avanzata dalla Errelegno s.a.s. in relazione ad alcune opere abusivamente eseguite (ufficio e servizi igienici, delle dimensioni di circa 11 mq. di superficie, con serramenti in alluminio e vetro, su sottofondo cementizio; box delle dimensioni di circa 60 mq. di superficie, con serramenti in alluminio e vetro, su sottofondo cementizio; tettoia di circa 10 mq. di superficie; pavimentazione in asfalto del cortile).

A motivo della reiezione il comune ha adottato la mancata ultimazione dei lavori entro i termini di legge (31/3/2003).

Il diniego di condono è stato impugnato dalla Errelegno con ricorso al T.A.R. Lombardia – Milano, che lo ha respinto con sentenza 1/4/2009, n. 2060, successivamente passata in giudicato in conseguenza della dichiarazione di improcedibilità dell'appello.

Nelle more del suddetto contenzioso, la Errelegno ha avanzato al comune un'istanza di riesame corredata da dichiarazioni di soggetti terzi che attestavano come le opere oggetto del diniego di condono fossero state ultimate antecedentemente al 31/3/2003.

L'amministrazione ha riscontrato l'istanza con determinazione 2/2/2010, n. 4584, con la quale ha accolto la richiesta limitatamente alla pavimentazione del cortile, che è stata quindi condonata, respingendola con riguardo ai restanti manufatti.

Ritenendo la suddetta determinazione illegittima la Errelegno l'ha impugnata con ricorso al T.A.R. Lombardia – Milano, il quale, con sentenza 27/9/2018, n. 2162, lo ha respinto.

Nelle more del giudizio il Comune di Desio ha adottato l'ordinanza 9/11/2010, n. 285, con la quale ha ingiunto la demolizione dei manufatti non sanati.

Il provvedimento ripristinatorio, e la delibera 1/10/2010, n. 66 con cui il Consiglio Comunale ha stabilito l'area da acquisire per il caso di mancata ottemperanza all'atto sanzionatorio, sono stati impugnati dalla Errelegno con separato ricorso davanti al medesimo Tribunale, che lo ha definito, respingendolo, con sentenza 4/4/2019, n. 746.

Avverso le due sentenze ha proposto separati appelli la Errelegno, nello specifico, la prima è stata impugnata col ricorso n. 3251/2019, la seconda col ricorso n. 9696/2019.

Per resistere a entrambi i ricorsi si è costituito in giudizio il Comune di Desio, il quale con successiva memoria depositata in entrambi i giudizi ha meglio precisato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 13/7/2023 la causa è passata in decisione.

Per evidenti ragioni di connessione i due ricorsi possono essere riuniti onde definirli con unica sentenza.

Occorre partire dall'esame dell'appello n. 3251/2019.

Col primo motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nell'affermare che il ricorso sarebbe inammissibile in quanto l'atto impugnato non sostituirebbe il precedente diniego di condono, consolidatosi a seguito del passaggio della sentenza con cui il medesimo era stato impugnato, ma al massimo ne integrerebbe la motivazione.

Diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure, proprio il fatto che il nuovo pronunciamento comunale integrerebbe la motivazione del precedente diniego, varrebbe a escludere che si tratti di un atto meramente confermativo come tale non impugnabile.

L'atto gravato, ancorché confermativo del precedente diniego sarebbe, quindi, dotato di autonoma lesività.

Col secondo motivo si lamenta che il giudice meneghino sarebbe caduto in errore laddove, nel ritenere il ricorso, comunque, infondato nel merito, ha affermato che:

<<la motivazione dell'atto, nella parte in cui afferma che il fatto che almeno una delle opere descritte nelle dichiarazioni prodotte - "la struttura prefabbricata delle dimensioni di 90/100 mq" "non corrisponde -nemmeno per quanto riguarda le dimensioni ad alcuno dei manufatti oggetto della domanda di condono, il più grande dei quali ha superficie di mq 65,07", come affermato dal Comune, è indice della generale inattendibilità delle dichiarazioni rese. A ciò si aggiunge che, avendo il Comune accertato i fatti mediante strumenti di carattere oggettivo, era onere del privato fornire prove dotate almeno di altrettanta forza probatoria>>.

Difatti, nel provvedimento amministrativo gravato si asserisce che le opere oggetto delle dichiarazioni rese dai terzi non corrispondono, quanto a numero e dimensioni, ai manufatti risultanti dal rilievo aerofotogrammetrico dell'Air Data sulla base di volo del 19/21 maggio 2003, tuttavia l'odierna appellante aveva dedotto, in primo grado, come il volo era stato effettuato quando il fogliame degli alberi presenti sul terreno interessato dagli abusi ostacolava la visibilità.

Del resto, il successivo rilievo della Air Data darebbe atto di tale circostanza così come della presenza di alcuni manufatti di cui non è in grado di ricostruire le caratteristiche, proprio per la presenza del fogliame.

In definitiva i rilievi aerofotogrammetrici darebbero luogo a numerose incertezze e perplessità per cui non potrebbero prevalere sulle testimonianze rese da soggetti terzi.

L'amministrazione obietta, inoltre, che le dichiarazioni dei terzi attesterebbero l'esistenza delle opere anteriormente alla data del 31/3/2003 ma non la loro presenza a tale data.

L'argomentazione non sarebbe condivisibile alla luce di un principio analogo a quello enunciato dall'art. 1142 cod. civ. in materia di possesso *“il possessore attuale che ha posseduto in tempo più remoto si presume che abbia posseduto anche nel tempo intermedio”*.

Peraltro, in base all'art. 32 del D.L. n. 269/2003, sarebbe sufficiente che i manufatti risultino ultimati prima del 31/3/2003.

Né rileverebbe che uno di manufatti sarebbe stato descritto, quanto alle sue dimensioni, dai dichiaranti in modo errato.

Le due doglianze, che si prestano a una trattazione congiunta, non meritano accoglimento.

Con riguardo alla prima censura basta rilevare che l'eventuale errore commesso dal giudice nel motivare la propria decisione resta assorbito dall'effetto devolutivo dell'appello, che consente al giudice di secondo grado di correggere e integrare possibili *deficit* o errori motivazionali od omissioni della pronuncia gravata (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 372/2023, n. 1182; 3/11/2022, n. 9656; 23/11/2021, n. 7840; 3/11/2021, n. 7345).

Non è condivisibile nemmeno la seconda doglianza.

In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, 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 del manufatto da sanare. Tale prova dev'essere rigorosa e deve fondarsi su documentazione certa e univoca e, comunque, su elementi oggettivi.

In difetto, l'amministrazione ha il dovere di negare la sanatoria dell'abuso (Cons. Stato, Sez. VI, 27/9/2021, n. 6490; 20/4/2020, n. 2524; 9/7/2018, n. 4168 e 17/5/2018, n. 2995; Sez. IV, 30/8/2018, n. 5101; Sez. II, 15/2/2021, n. 1403).

Nella fattispecie, la parte appellante non ha dimostrato di aver ultimato i lavori entro il termine di legge.

E invero, all'uopo ha allegato alla richiesta di riesame tre dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà rese da terzi, attestanti l'ultimazione dei lavori entro il 31/3/2003, ma siffatte dichiarazioni, in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale, non sono idonee allo scopo, in quanto non suscettibili di essere verificate (*ex plurimis* Cons. Stato, Sez. VI, 7/12/2022, n. 10719; 16/5/2022, n. 3841; 20/4/2020, n. 2524; 3/4/2019, n. 2203; 4/3/2019, n. 1476; 6/2/2019, n. 897; 9/7/2018, n. 4168; 17/5/2018, n. 2995; Sez. IV, 29/5/2014, n. 2782).

L'appello n. 3251/2019 va, dunque, respinto.

Può ora procedersi ad affrontare il ricorso n. 9696/2019.

Quest'ultimo si basa su un'unica censura con cui si deduce, nei confronti dei provvedimenti amministrativi gravati, l'illegittimità derivata dai vizi che inficerebbero l'avversato diniego di sanatoria già prospettati col precedente ricorso.

La doglianza è infondata per le stesse ragioni già evidenziate in sede di esame del precedente appello n. 3251/2019.

Anche il ricorso n. 9696/2019 va, pertanto, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li riunisce e li respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali in favore del comune appellato, liquidandole, forfettariamente, in complessivi € 4.000/00 (quattromila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO