

N. 09921/2023REG.PROV.COLL.

N. 08705/2017 REG.RIC.

N. 08706/2017 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 8705 del 2017, proposto da 3G S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Vagnozzi, Francesco De Marini, Claudio Rossi, con domicilio eletto presso lo studio Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzone n. 3;

contro

Comune di Milano, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Cozzi, Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Alessandra Montagnani Amendolea, Maria Lodovica Bognetti, Elena Maria Ferradini, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

sul ricorso numero di registro generale 8706 del 2017, proposto da 3G S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Vagnozzi, Francesco De Marini, Claudio Rossi, con domicilio eletto presso lo studio Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzoni n. 3;

contro

Comune di Milano, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Cozzi, Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Alessandra Montagnani Amendolea, Maria Lodovica Bognetti, Elena Maria Ferradini, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

per la riforma

quanto al ricorso n. 8705 del 2017:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione Prima) n. 00817/2017, resa tra le parti, del provvedimento 15 dicembre 2005, notificato in data 16 gennaio 2006, nella parte in cui il Direttore del Settore Sportello Unico per l'Edilizia, Ufficio Condono ha negato il rilascio del permesso di costruire in sanatoria limitatamente a due delle opere per cui la richiesta era stata avanzata (doc. 1 fascicolo 1° grado);

- del provvedimento 9 maggio 2006, prot. n. 1.231.790/2004, notificato il 6 giugno 2006, con il quale il Direttore di Settore Sportello Unico per l'Edilizia del Comune di Milano ha comunicato alla ricorrente la conferma – a fronte dell'istanza di riesame presentata dalla medesima – del provvedimento di diniego di condono (doc. 14 fascicolo 1° grado).

quanto al ricorso n. 8706 del 2017:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione Prima) n. 00847/2017, resa tra le parti, del provvedimento 2 marzo 2006, notificato

in data 14 marzo 2006, a firma del Dirigente della Direzione Centrale Pianificazione Urbana e Attuazione P.R., Settore Sportello Unico per l'Edilizia, Servizio Interventi Edilizi Minori del Comune di Milano, tramite il quale è stata ordinata alla ricorrente la demolizione di un manufatto di proprietà (doc. 1 fascicolo 1° grado);

- del provvedimento 8 gennaio 2007, P.G. n. 104289/2007, notificato il 7 febbraio 2007, con il quale l'Amministrazione resistente ha comunicato che “è orientata a riemettere provvedimento di demolizione della struttura abusiva esistente in questione, previsto dalla vigente normativa in relazione alla non ammissibilità del condono di opere che siano regolarmente esistenti nel 31/3/2003” (doc. 14 fascicolo 1° grado);

- di ogni altro atto antecedente, consequenziale e/o comunque connesso, ed in particolare della Conferenza dei Servizi del 5 ottobre 2006 con il relativo verbale

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 13 novembre 2023 il Cons. Oreste Mario Caputo e udito per parte appellante l'avv. Francesco De Marini in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams".

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Sono appellate le sentenze del T.a.r. per la Lombardia, Milano, Sez. I, nn. 817 e 847, di reiezione dei ricorsi integrati dai motivi aggiunti proposti dalla 3G s.r.l. avverso i dinieghi opposti dal Comune di Milano (del 15 dicembre 2005 e del 9 maggio 2006) sulle istanze di condono, ex l. n. 326/2003, aventi ad oggetto due delle quattro opere per cui era stata avanzata l'istanza, nonché avverso la successiva ordinanza di demolizione.

2. 3G s.r.l., presso i locali in uso al piano terra di un immobile sito in Via Boscovich n. 54, svolge attività di ristorazione regolarmente autorizzata "Ristorante Pizzeria Sabatini", e ha presentato il 9 dicembre 2004, domanda di condono prot. 1231790/2004 per le seguenti opere, dichiarate ultimate nel 1989:

1. ampliamento consistente nella formazione di nuova sala ristorante nell'ambito del cortile interno al civico 54 di Boscovich n. 54 (manufatto lett. A), affrancato al corpo edilizio esistente principale fronte strada, con annesso disimpegno di accesso al gruppo servizi seminterrato ad esso unito mediante corpo scala (manufatto lett. B);
2. ampliamento dell'esistente locale cucina con formazione di locale anticucina (manufatto lett. D);
3. realizzazione di servizio igienico per disabili (manufatto lett. C);
4. modifiche ai piani terreno e seminterrato.

3. Con provvedimento del 15 dicembre 2005, oggetto di gravame, il Comune di Milano ha negato il condono di due delle quattro opere per cui era stata avanzata istanza (ampliamenti consistenti nella formazione di una sala ristorante e di un locale anticucina, manufatti "A" e "B") da parte della 3G s.r.l., in quanto alla data del 31 marzo 2003 risultavano regolarmente autorizzate a titolo precario e, pertanto, non rientranti tra gli illeciti edilizi suscettibili di sanatoria ai sensi della l. n. 326/2003.

Di seguito il Comune ha adottato l'ordinanza di demolizione delle opere non condonate.

4. Con autonomi ricorsi, 3G s.r.l. ha impugnato il diniego di condono e, per vizi derivati, la sanzione ripristinatoria, articolando le seguenti doglianze:

I. violazione e falsa applicazione dell'art. 32, c. 25, d.l. n. 269/2003, dell'art. 31, l. n. 47/1985 e della l. reg. n. 31/2004; eccesso di potere per difetto dei presupposti ed erronea motivazione;

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 33, l. n. 1150/1942, con riferimento agli artt. 120 e ss. del regolamento edilizio;

III. violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis, l. n. 241/1990.

Nel ricorso di primo grado la parte ricorrente ha esposto i fatti oggetto della presente controversia affermando:

- di avere realizzato, nel 1989, in assenza di titolo abilitativo, un ampliamento commerciale, mediante formazione di una sala ristorante, trasformando una preesistente veranda mobile in una struttura stabile;

- di avere presentato, in data 5 dicembre 2001, a seguito della sanzione disposta dal Comune di Milano nell'anno 2001 (sospensione di un giorno dell'autorizzazione relativa al pubblico esercizio e cessazione dell'attività di somministrazione sulla superficie non autorizzata), una denuncia di inizio attività avente ad oggetto la realizzazione di lavori di demolizione dell'opera abusiva;

- di avere comunicato al Comune, in data 11 febbraio 2002, l'ultimazione dei lavori e la conformità della veranda, ora mobile, all'opera esistente prima delle modifiche abusivamente apportate nell'anno 1989;

- di avere confermato al Comune, con nota del 28 ottobre 2002, la demolizione del manufatto abusivo;

- di avere realizzato nell'anno 2002, successivamente, quindi, ai lavori di demolizione di cui alla dia del 2001, un manufatto stabile destinato all'ampliamento dello spazio ristorante.

5. Con provvedimento del 9 maggio 2006, il Comune ha confermato il diniego di condono affermando che:

- tra le opere descritte nella domanda di condono e nella relazione tecnica ed il manufatto provvisorio oggetto della D.I.A. del 5.12.2001 non ci sono difformità sostanziali, ma solo limitate ad alcuni particolari costruttivi e materiali utilizzati, il manufatto in questione non può, quindi, essere ritenuto abusivo;

- l'abusività del manufatto consiste nell'aver conservato la struttura provvisoria oltre i termini concessi (5.12.2004), quindi oltre il periodo del 31.3.2003, entro il quale può operare la l. n. 326/2003.

6. Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato anche tale atto, deducendo il vizio di eccesso di potere per difetto dei presupposti ed il vizio di difetto di motivazione.

7. Il T.a.r. ha respinto entrambi i ricorsi.

Per il Giudice di prime cure non è condivisibile la ricostruzione dei fatti esposta nel ricorso alla stregua dei documenti agli atti del giudizio.

L'opera che l'istante ha affermato essere stata ultimata nel maggio 1989, oggetto dell'istanza di condono, per stessa ammissione della ricorrente, non era più esistente dal 2001, era stata sostituita con una veranda mobile, assentita con la dia del 2001, e non era dunque abusiva, da cui la legittimità del diniego di condono stante l'assenza del requisito dell'abusività dell'opera. Al contrario *“Sarebbe stato onere della ricorrente, ove avesse inteso ottenere il condono dell'opera che afferma di avere realizzato nell'anno 2002 difformemente dall'autorizzazione ottenuta, presentare istanza con riferimento ad essa, indicando*

il 2002 (e non il 1989) quale anno di realizzazione del manufatto e specificando che le difformità poste in essere rispetto a quanto autorizzato erano tali da avere portato alla realizzazione di un'opera abusiva e dunque necessitante di condono”.

Infine per il Giudice di prime cure, in considerazione della natura vincolata del potere esercitato e della correttezza del contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, le censure volte a contestare la mancata comunicazione del c.d. “preavviso di rigetto” e la mancata acquisizione del parere della commissione edilizia, anche ove fondate, non potrebbero, comunque, portare all'annullamento dell'atto, in conformità a quanto previsto dall'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Sulla base della stessa motivazione, i giudici di prime cure hanno respinto il ricorso proposto avverso l'ordinanza di demolizione.

5. Appella la sentenza la Società 3G S.r.l. Resiste il Comune di Milano

6. All'udienza telematica da remoto del 13 novembre la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

Gli appelli, soggettivamente ed oggettivamente connessi, devono essere riuniti e trattati congiuntamente.

7. Con il primo motivo di appello si censura la pronuncia laddove ha ritenuto legittimo il diniego di condono avente ad oggetto opere dichiarate dall'istante ultimate nel maggio del 1989 anziché opere realizzate nell'anno 2002.

Con il secondo motivo d'appello, la società ricorrente, in considerazione del particolare rilievo della situazione di fatto versata in causa, denuncia la violazione dell'art. 10 bis l. n. 241/90: norma che troverebbe applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio.

Tanto più laddove – denuncia la ricorrente – l'esigenza del confronto in contraddittorio e l'apporto collaborativo da parte del privato si rendano necessari per chiarire gli elementi istruttori indispensabili per l'adozione del provvedimento..

8. I motivi d'appello, strettamente connessi in ragione degli omogenei argomenti dedotti a sostegno, devono essere scrutinati congiuntamente.

9. L'appello è fondato ai sensi e nei limiti di seguito precisati.

Il Comune – come si legge nella motivazione del provvedimento impugnato, richiamata la DIA presentata dalla ricorrente in data 5 dicembre 2001 per l'installazione di un manufatto provvisorio nello spazio cortilizio dello stabile in oggetto e visto il provvedimento di proroga del titolo abilitante al mantenimento del manufatto provvisorio, concesso fino al 5 dicembre 2004 – ha ritenuto la veranda estranea all'applicazione della disciplina del condono, in quanto realizzata in forza di autorizzazioni edilizie precarie.

Del pari, come emerge dal provvedimento confermativo del diniego impugnato con motivi aggiunti di impugnazione, l'amministrazione ha giustificato la conferma dell'ordine di demolizione sulla base del rilievo che non avrebbe rilevato sostanziali difformità tra l'opera oggetto di DIA e quella oggetto di condono ed in ogni caso sostenendo che, a prescindere dall'esistenza o meno di difformità, l'abusività consisterebbe nella persistenza della struttura provvisoria oltre la scadenza dei termini concessi (i.e. 5/12/2004), il che varrebbe ad escludere che ricada nella sfera di applicazione temporale della legge sul condono del 2003.

9.1 Tuttavia, va sottolineato, la domanda di condono non era finalizzata a rendere definitivo un manufatto precario, avendo ad oggetto la nuova costruzione.

Le allegazioni prodotte in giudizio dalla società ricorrente attestano che il manufatto originario, oggetto della autorizzazione in precario, era un'opera provvisoria ed

amovibile, ovvero avente la caratteristica di non essere infissa al suolo, per un uso solo estivo, tanto da essere composto da una tenda impermeabile di colore avorio. Viceversa, il manufatto, di cui alla domanda di condono, possiede caratteristiche morfologiche e strutturali del tutto diverse.

Come plasticamente attestato dalle dimensioni indicate nelle rispettive planimetrie, le opere autorizzate sino al 5 dicembre 2004 non paiono coincidere con quelle oggetto della domanda di sanatoria: la documentazione depositata in giudizio (cfr. fatture lavori eseguiti e documentazione fotografica, docc. 8 e 9 fascicolo 1° grado, nonché la relazione redatta dal tecnico della ricorrente, doc. 13 fascicolo 1° grado), depone nel senso che l'originaria veranda mobile autorizzata in precario è stata sostituita da un nuovo porticato, aderente alla facciata dell'immobile e chiuso nei restanti lati da una struttura in ferro con porte scorrevoli, ancorata al terreno anche tramite la realizzazione di un lastricato in cemento rivestito in piastrelle di ceramica e non ancorata al suolo con semplici bulloni come l'opera precaria.

In definitiva, la controvertibilità in fatto della vicenda dedotta in giudizio avrebbe dovuto indurre il Comune a promuovere il contraddittorio prima di denegare il condono.

Sul punto, va data continuità all'indirizzo giurisprudenziale, qui condiviso, a mente del quale, la violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'amministrazione elementi utili ai fini della decisione, quali, ad esempio, la ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare (cfr., Con. Stato, sez. VI, 1 marzo 2018, n. 1269).

Sicché, la violazione dell'art. 10 bis l.241/90 comporta l'illegittimità del provvedimento impugnato, laddove il privato, oltre a denunciare la lesione delle proprie garanzie partecipative, indichi – come nel caso in esame – gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2022, n. 8043; Id., sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672).

10. In senso paradigmatico, la ricorrente ha dato atto che il Comune con comunicazione d. 25 maggio 2023 ha inteso riaprire il procedimento d'esame della domanda di condono.

11. L'accoglimento dei motivi d'impugnazione proposti avverso il diniego di condono determina, per invalidità derivata, l'accoglimento del ricorso proposto avverso l'ordinanza di demolizione.

12. Conclusivamente gli appelli devono essere accolti e, per l'effetto, in riforma delle appellate sentenze, devono essere accolti i ricorsi di prime cure ed annullati gli atti impugnati ai sensi e nei limiti della motivazione.

13. Il peculiare rilievo della situazione di fatto dedotta in causa giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma delle appellate sentenze, accoglie i ricorsi di prime cure ed annulla gli atti impugnati ai sensi e nei limiti della motivazione.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

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

Oreste Mario Caputo, Presidente FF, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Oreste Mario Caputo

IL SEGRETARIO