

N. 03844/2013REG.PROV.COLL.

N. 06819/2001 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6819 del 2001, proposto da:
Tartarelli Meri, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Scarpa, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Damiano Chiesa, n. 47;

contro

Comune di Pietrasanta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Torricelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Toscana, Sezione III, n. 163/2001, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento, n. 37/S/724 del 3.9.1996, del Sindaco del Comune di Pietrasanta, di diniego di concessione edilizia in sanatoria, con ordine di demolizione delle opere edilizie.

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 24 luglio 2001 n. 4140;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2013 il Cons. Antonio Amicuzzi e udito per la parte appellante l'avvocato Scarpa;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

In data 1.3.1995 la sig.ra Meri Tartarelli ha presentato domanda di sanatoria ex art. 39 della l. n. 724/1994 relativamente ad un fabbricato da adibire a civile abitazione nel Comune di Pietrasanta.

Con provvedimento n. 37/S/724 del 3.9.1996 del Sindaco di detto Comune l'istanza è stata respinta nell'assunto che non era assentibile in quanto nelle foto aeree del 19.8.1994 l'abuso non compariva e la domanda risultava quindi dolosamente infedele ex art. 39, comma 1, della l. n. 724/1994.

La suddetta proprietaria, per ottenere l'annullamento di detto negativo provvedimento, ha presentato ricorso giurisdizionale al T.A.R. della Toscana, che ha respinto il gravame con la sentenza in epigrafe indicata.

Con il ricorso in appello in esame la sig.ra Tartarelli ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 40 della l. n. 47/1985 e dell'art. 39 della l. n. 724/1994.

Il T.A.R. non ha ben valutato che la sola inesattezza della dichiarazione ex art. 4 della l. n. 15/1968, con riguardo alla circostanza che le opere condonate erano state ultimate entro il 31.12.1993 (a fronte della completezza e regolarità della pratica per tutti gli altri aspetti), non poteva da sola configurare la pluralità di inesattezze di rilievo che detta disposizione pone a presupposto della dichiarazione infedele. Inoltre detto Giudice non ha chiarito a chi spettasse l'onere di provare il dolo dell'istante nel rendere la dichiarazione sulla data di ultimazione delle opere.

2.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 e 2712 del c.c., nonché dell'art. 4 della l. n. 15/1968. Omessa motivazione ed errata valutazione su punti e documenti decisivi della controversia.

Il Comune, che aveva dedotto quale motivo di diniego di condono la dolo della domanda infedele, avrebbe dovuto provare sotto il profilo oggettivo e soggettivo quanto affermava.

Con memoria depositata il 13.7.2001 si è costituito in giudizio il Comune di Pietrasanta, che ha eccepito la inammissibilità e la improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 24 luglio 2001 n. 4140 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 15.2.2013 la sig.ra Tartarelli ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 19.2.2013 il costituito Comune ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata l'1.3.2013 detto Comune ha replicato alle avverse argomentazioni, reiterando le già assunte conclusioni.

Alla pubblica udienza del 22.3.2013 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza dell'avvocato della parte appellante, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla sig.ra Meri Tartarelli, di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento n. 37/S/724 del 3.9.1996 del Sindaco del Comune di Pietrasanta, di diniego di concessione edilizia in sanatoria, con ordine di demolizione delle opere edilizie abusivamente realizzate.

2.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che, ai sensi dell'art. 40 della l. n. 47/1985 (cui rinvia l'art. 39, comma 1, della l. n. 724/1994), la rilevanza delle omissioni o delle inesattezze riscontrate costituisce il presupposto di fatto per valutare se una domanda di condono possa definirsi dolosamente infedele.

Il T.A.R. non avrebbe ben valutato che la sola inesattezza della dichiarazione sostitutiva ex art. 4 della l. n. 15/1968, con riguardo alla circostanza che le opere condonate erano state ultimate entro il 31.12.1993 (a fronte della completezza e regolarità della pratica per tutti gli altri aspetti), non poteva da sola configurare la pluralità di inesattezze di rilievo che detto art. 40 pone a presupposto della dichiarazione infedele.

Con riguardo alla applicabilità nella specie di detto art. 40 della l. n. 47/1985 il T.A.R. avrebbe ommesso di considerare che non costituiva inesattezza di rilievo l'errore circa la data di ultimazione delle opere entro il 31.12.1993, considerato che la inesistenza di tale requisito non impedisce la formazione della sanatoria per silenzio, essendo condizione di accoglibilità nel merito e non condizione di ammissibilità della domanda.

Inoltre detto Giudice non avrebbe chiarito a chi spettasse l'onere di provare il dolo dell'istante nel rendere la dichiarazione sulla data di ultimazione delle opere.

2.1.- Osserva la Sezione che il primo Giudice ha asserito che il fabbricato di cui trattasi, per poter usufruire del richiesto condono, avrebbe dovuto essere ultimato entro il 31.12.1993, mentre è risultato, in base ad aerofotogrammetria del 19.8.1994, non esistente e già realizzato all'atto di un sopralluogo effettuato il 4.11.1994 dai vigili urbani; al contrario non era stata prodotta nessuna prova circa la preesistenza e consistenza in loco di un vecchio fabbricato, essendo stato depositato in giudizio un documento che, pur denominato aerofotogrammetria, consisteva in una mera rappresentazione di curve di livello altimetriche.

Gli assunti sopra riportati non possono essere, ad avviso del Collegio, superati dalle censure formulate con l'atto di appello, atteso che la domanda dolosamente infedele, di cui all'art. 40, comma 1, della l. n. 47 del 1985, è quella che, dal punto di vista oggettivo, contiene una materiale rappresentazione dei fatti completamente divergente dalla realtà ed idonea ad indurre in errore l'Amministrazione al fine di ottenere una sanatoria non dovuta, accompagnata, dal punto di vista soggettivo, dall'intenzione di rappresentare falsamente la realtà proprio al predetto fine di ottenere una sanatoria non dovuta.

Secondo il Collegio, la inesattezza contenuta nell'istanza di concessione in sanatoria su un presupposto essenziale per l'accoglibilità della medesima, come la data di ultimazione dell'opera abusiva, è idonea a configurare l'ipotesi di domanda dolosamente infedele di cui all'art. 40, della l. n. 47/1985.

Anche la sola infedele attestazione dell'essere stata l'opera ultimata nel termine fissato dal legislatore è infatti idonea a configurare la fattispecie (prevista da detto art. 40, comma 1, della l. n. 47/1985, cui rinvia l'art. 39, comma 1, della l. n. 724/1994) della domanda dolosamente infedele, che, secondo detta norma, sussiste in caso di rilevata esistenza di rilevanti omissioni o inesattezze; la indicazione di esse con coniugazione al plurale non può intendersi infatti nel senso che per rendere la domanda dolosamente infedele necessiti la sussistenza di più di una di esse, come invece dedotto con l'atto di appello (nell'erroneo assunto che il solo errore dell'istante sulla data di ultimazione delle opere non fosse rilevante).

Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 31 di detta l. n. 47/1985, condizione essenziale per poter conseguire la concessione o la autorizzazione in sanatoria è che le opere risultino essere state ultimate entro la data del 1° ottobre 1983 (poi, in base alla l. n. 724/1994, alla data del 31.12.1993) e anche la sola inesattezza della rappresentazione della realtà nella richiesta di concessione in sanatoria, con riguardo a detto presupposto essenziale per l'accogliibilità della medesima, configura un'ipotesi di domanda dolosamente infedele.

Dal punto di vista oggettivo, la non veritiera indicazione della data di ultimazione delle opere configura una materiale rappresentazione dei fatti completamente divergente dalla realtà idonea ad indurre in errore l'Amministrazione al fine di ottenere una sanatoria non dovuta, mentre, dal punto di vista soggettivo, dimostra l'intenzione di rappresentare falsamente la realtà proprio al predetto fine di ottenere una sanatoria non dovuta.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla appellante, peraltro, anche la non veritiera data di ultimazione dell'opera abusiva, configurando l'ipotesi di domanda dolosamente infedele, impedisce il formarsi del c.d. silenzio assenso previsto dall'art. 35, comma 18, della stessa legge (Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 giugno 2010, n. 4174; sez. V, 4 ottobre 2007, n. 5153; Sezione V, 4 maggio 1998, n. 500).

Infatti, sul piano oggettivo, la formazione del silenzio assenso richiede quale presupposto essenziale, oltre al completo pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione, che sia stato integralmente dimostrato, tra l'altro, l'ulteriore requisito sostanziale relativo al tempo di ultimazione dei lavori, che è elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri di verifica dell'amministrazione comunale (Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2011, n. 5894); pertanto, è inutile il decorso del termine biennale qualora la domanda sia carente della prova della preesistenza del manufatto alla data prevista dalla normativa in materia (Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 1998, n. 1468; Sez. V, 17 ottobre 1995, n. 1440; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 21. 11. 1997, n. 509).

2.2.- Aggiungasi, quanto alla dedotta tardività del provvedimento sindacale impugnato, con illegittimità del diniego di una concessione in sanatoria già perfezionatasi "per silentium", che è stata poi integrata con memoria dell'appellante in data 15.2.2013 (deducendo che era impedita la reiezione della domanda di condono dopo la formazione del silenzio assenso, dovendosi invece procedere all'eventuale annullamento in autotutela), che anche detta censura non è suscettibile di condivisione, stante la dimostrata mancata formazione nel caso di specie del silenzio assenso.

La mancata definizione del condono da parte del Comune entro il termine perentorio legalmente fissato e decorrente dalla presentazione della domanda di sanatoria è infatti inidonea a determinare "ope legis" la regolarizzazione dell'abuso, in applicazione dell'istituto del silenzio assenso, ove non sussistano i presupposti di fatto e di diritto previsti dalla normativa in materia.

2.3.- Quanto alla spettanza dell'onere di provare il dolo dell'istante nel rendere la dichiarazione sulla data di ultimazione delle opere, va rammentato che, nel procedimento di sanatoria, il richiedente ha l'onere non già di solo affermare, ma di produrre almeno principi di prova in ordine al completamento del manufatto abusivo anteriormente alla data prevista (nel caso che occupa) dalla l. n. 724/1994, il 31.12.1993, restando a carico dell'Amministrazione di controllare l'attendibilità dei dati forniti e di contrapporre le risultanze delle proprie verifiche.

La giurisprudenza afferma da tempo che, in ordine alla data di realizzazione di un'opera abusiva per la quale si chiede la sanatoria, l'onere della prova grava sul richiedente (Consiglio di Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5838); ciò perché, mentre l'amministrazione comunale non è normalmente in grado di accertare la situazione edilizia di tutto il proprio territorio alla data indicata dalla normativa sul condono, colui che richiede la sanatoria può fornire qualunque documentazione da cui possa desumersi che l'abuso sia stato effettivamente realizzato entro la data predetta (Consiglio di Stato, sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 39).

3.- Con il secondo motivo di appello è stato asserito che il Comune, che aveva dedotto quale motivo di diniego di condono la dolosità della domanda infedele, avrebbe dovuto provare sotto il profilo oggettivo e soggettivo quanto affermava; che tale onere sussistesse non poteva escludersi dal momento che la appellante aveva presentato una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ex art. 4 della l. n. 15/1968 e sarebbe spettato quindi all'Amministrazione di provare il contrario a fronte della presunzione "iuris tantum" dell'avvenuto completamento delle opere nel termine previsto.

La aerofotografia del 19.8.1994 non avrebbe potuto assumere alcuna valenza contraria, essendo stata specificamente contestata e disconosciuta dalla ricorrente; il T.A.R., pur avendo dato atto che essa aveva in proposito evidenziato che la non rilevabilità del manufatto poteva discendere da più fattori, come le condizioni dei luoghi, la presenza di vegetazione, la errata localizzazione, ecc., non ne avrebbe tratto le debite conseguenze, in violazione dell'art. 2712 del c.c..

Secondo la appellante l'Amministrazione non aveva quindi dimostrato il proprio assunto sulla base di univoci ed obiettivi elementi probatori, tale non potendo considerarsi l'esito del sopralluogo dei vigili urbani, avvenuto in data 4.11.1994, sia perché ad esso non è fatto cenno nella motivazione del diniego di condono e sia perché poteva rappresentare la situazione dei luoghi a quella data ma non era idonea a dimostrare che il fabbricato ivi esistente non fosse stato completato entro il 31.12.1993.

In conclusione il preteso atteggiamento doloso della ricorrente non sarebbe mai stato dimostrato.

3.1.- Osserva la Sezione che la prova sulla realizzazione delle opere abusive entro la data prevista grava sempre, come in precedenza evidenziato, sul richiedente la sanatoria, che può avvalersi, se non vi è contestazione, della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. Questa, prevista dall'art. 4 della L. n. 15/1968, ha attitudine certificativa e probatoria, fino a contraria risultanza, nei confronti della pubblica amministrazione (P.A.) in determinate attività e procedure amministrative, ma, in difetto di diversa, specifica, previsione di legge, nessun valore probatorio, neanche indiziario, può essere ad essa attribuito nel procedimento caratterizzato, come nella fattispecie in esame, dal principio dell'onere della prova; atteso che la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore, al fine del soddisfacimento del relativo onere, da proprie dichiarazioni (in particolare nel corso del giudizio ex art. 2697 c.c.).

La dichiarazione sostitutiva di notorietà dell'intervenuta ultimazione delle opere entro la data di scadenza è quindi di per sé potenzialmente idonea e sufficiente a dimostrare la data di ultimazione

delle opere, ma non preclude all'Amministrazione, in sede di esame della stessa, la possibilità di raccogliere nel corso del procedimento elementi “a contrario” e di pervenire a risultanze diverse.

A fronte di elementi di prova a disposizione dell'Amministrazione che attestino il contrario, quali il rilievo aerofotogrammetrico, il responsabile dell'abuso è gravato dall'onere di provare, mediante elementi certi (quali fotografie aeree, fatture, sopralluoghi e così via) l'effettiva realizzazione dei lavori entro il termine previsto dalla legge per poter usufruire del beneficio, non potendo limitarsi a contestare i dati in possesso dell'Amministrazione senza fornire alcun elemento di prova a corredo della propria tesi, in quanto l'Amministrazione, in assenza di elementi di prova contrari, non può che respingere la domanda di sanatoria.

Poiché l'attendibilità del rilievo aerofotogrammetrico (specie se risalente) può essere condizionata da una molteplicità di fattori (tecnologici, come la maggiore o minore risoluzione, ambientali, come fenomeni di rifrazione, la presenza di vegetazione che può schermare le costruzioni, etc.), deve ritenersi ammissibile la prova contraria, che deve essere però concreta e rilevante, senza che possa ritenersi sufficiente per contrastare dette risultanze il mero disconoscimento delle stesse.

Nel caso di specie risulta da aerofotogrammetria del 19 agosto 1994 che non era stato ancora realizzato il manufatto di cui trattasi e da sopralluogo dei vigili urbani del Comune di Pietrasanta, effettuato nel successivo mese di novembre dell'anno 1994, che sull'area che interessa era stato realizzato il fabbricato oggetto di condono completato al grezzo con in corso i lavori di installazione dell'impianto elettrico ed idrico (come da memoria del Comune depositata il 19.2.2013).

A fronte di dette risultanze, idonee a smentire la dichiarazione sostitutiva ex art. 4 della l. n. 15/1968 presentata dalla appellante, questa, che a tanto era tenuta incombenso comunque su di essa l'onere della prova, non ha fornito prove contrarie idonee a dimostrare la impossibilità di giuridico apprezzamento, essendosi limitata a ipotizzare fattori che avrebbero potuto rendere non visibile il manufatto in questione nell'aerofotogrammetria di cui trattasi (come la vegetazione, ecc.) senza fornire alcuna valida e concreta prova contraria, limitandosi a sostenere che l'Amministrazione non era stata in grado di dimostrare il proprio assunto.

Come condivisibilmente ritenuto dal primo Giudice, non era invero sufficiente a smentire le risultanze acquisite dal Comune di cui trattasi il documento a tal fine prodotto dalla appellante, perché consistente in una mera rappresentazione di curve altimetriche.

In conclusione, in assenza di adduzione da parte della attuale appellante di prova, mediante elementi certi, dell'epoca di realizzazione del manufatto in questione diversa da quella risultante all'Amministrazione, deve ritenersi pienamente legittima la reiezione della domanda di sanatoria impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio in esame.

4.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

5.- Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Pone a carico dell'appellante Tartarelli Meri le spese e gli onorari del presente grado, liquidate a favore del Comune di Pietrasanta nella misura di € 2.000,00 (duemila/00), di cui € 500,00 (cinquecento/00) per esborsi, oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2013

IL SEGRETARIO

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