

**ATTI AMMINISTRATIVI: Presunzione di legittimità - Divieto di estensione di posizioni illegittime - Principio di legalità - Rispetto.**

**Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4722**

- in *Il Foro amm.*, 6, 2022, pag. 806.

*“[...] un diverso trattamento giuridico di una fattispecie analoga non può comunque essere invocato per estendere in proprio favore posizioni illegittime precedentemente riconosciute dall’Amministrazione, tenuto conto che, in applicazione del principio di legalità, la legittimità dell’operato dell’amministrazione non può comunque essere inficiata dall’eventuale illegittimità compiuta in altra situazione [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2022 il Cons. Thomas Mathà e uditi per la parte appellante gli avvocati Paolo Gianolio e Cinzia Bergamini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La ditta Sider.Vi. s.r.l, odierna appellante, è proprietaria dell’unità immobiliare sita in via Curie n. 20-22 in Borgo Virgilio (MN), catastalmente individuata al NCEU di Borgo Virgilio, Sez. B, Foglio 13, particella 375, adibita a deposito di materiali.
2. A seguito di una comunicazione di avviso di procedimento finalizzato a verificare la consistenza e l’eventuale irregolarità di una tettoia (nota del 28.11.2018) ed un successivo sopralluogo della Polizia Municipale (verbale del 15.2.2019), l’Amministrazione notificava all’impresa proprietaria l’ordinanza n. 1 del 2020 per la demolizione del manufatto.
3. I predetti provvedimenti venivano impugnati innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, il quale, con ordinanza n. 322 del 2020, accoglieva l’istanza cautelare. Il ricorrente in primo grado lamentava l’eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, perplessità e contraddittorietà con profili di disparità di trattamento.
4. Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II., con sentenza n. 381 del 2021, respingeva però il ricorso in quanto infondato.
5. Avverso la predetta sentenza ha proposto appello la Sider.Vi. s.r.l., riproponendo nella sostanza i motivi già proposti in primo grado, sia pure adattati all’impianto motivazionale della sentenza appellata.

6. L'appellante, in particolare, deduce che:

a) il provvedimento demolitorio impugnato sarebbe affetto da difetto di istruttoria, in quanto, se l'amministrazione avesse provveduto a raccogliere tutte le necessarie informazioni, avrebbe verificato la risalenza del manufatto ed il vero tempo di realizzazione della tettoia di cui è causa. Il TAR erroneamente non avrebbe valorizzato le prove testimoniali, anche se rese in altro processo. Nell'istruttoria del Comune le testimonianze prodotte dalla ricorrente in primo grado non sarebbero state neanche menzionate, sebbene erano a disposizione dell'amministrazione comunale, in quanto contenute nel fascicolo di un procedimento penale, ove il ruolo di P.G. era stato svolto dalla Polizia Municipale. Le testimonianze sarebbero invece pertinenti e dovevano essere valorizzate dal TAR in quanto avrebbero evidenziato l'illegittimità della gravata ordinanza in quanto provavano che la tettoia sarebbe stata realizzata ante 1967;

b) il provvedimento di demolizione sarebbe affetto anche da eccesso di potere per difetto di motivazione, mancando una considerazione sull'attualità dell'interesse dell'amministrazione a procedere alla demolizione della tettoia, stante il lungo lasso di tempo intercorrente tra l'epoca della presumibile realizzazione dell'abuso e il provvedimento sanzionatorio emesso dal Comune. Non sarebbe stato tenuto in debita considerazione il legittimo affidamento del privato, stante il tempo trascorso (oltre 30 anni tra la realizzazione della tettoia e l'adozione dell'ordine di demolizione);

c) anche la statuizione del TAR sulla disparità di trattamento sarebbe errata, dovendosi notare nel caso di specie, a fronte di risapute situazioni identiche, che la P.A. è intervenuta in modo repressivo e sanzionatorio per una sola di esse e nulla eccependo per le altre.

7. Il Comune di Borgo Virgilio non si è costituito in giudizio.

8. Con ordinanza n. 5292 del 2021, la Sezione – ritenuto prevalente, nel bilanciamento tra i contrapposti interessi, l'interesse dell'appellante a conservare la disponibilità dell'immobile nelle more della udienza pubblica – ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.

9. All'udienza pubblica del 26 maggio 2022 la causa è stata introitata in decisione.

10. La sentenza di primo grado deve essere confermata.

11. Con il capo della sentenza gravata che aveva respinto la censura del difetto di motivazione e di istruttoria, il TAR ha accertato che i documenti versati non erano sufficienti a provare la risalenza del manufatto a prima del 1967 (il rogito richiamato risale al 1986) e che non potevano attribuirsi rilievo a prove testimoniali, anche se rese in altro processo e negli atti in questo cristallizzati. Anche secondo questo Collegio, infatti, le testimonianze dei signori Simonazzi e Portioli sono in parte generiche (il sig. Simonazzi, già dipendente dal 1970 al 1985 delle imprese proprietarie precedenti,

ha dichiarato “Già da allora esisteva la tettoia che serviva per effettuare al coperto le attività di carico e scarico dei mangimi. Sono passati più di 50 anni ma mi pare di ricordare che la tettoia abbia sempre avuto le stesse dimensioni anche se non sono in grado di indicare con precisione dove iniziava e dove finiva.”) o comunque non utili a contraddire fatti oggettivi (la dichiarazione di Portioli era la seguente: “Dal 1961 al 1975 ho lavorato per la Phullon di Filippini Giovanni che aveva sede presso il capannone di via Curie 22. La tettoia è stata costruita nel periodo dal 1964 a inizio 1966. Lo ricordo bene perché nel 1966 c’era stata una nevicata eccezionale e mettevo al riparo la mia auto sotto la tettoia.”).

12. Questa ultima dichiarazione è in stridente contrasto con quanto accertato dall’amministrazione nell’istruttoria. L’ordinanza impugnata riporta a pag. 2 che “la vista aerea fotografata nell’anno 1975 e resa disponibile sul proprio sito web da Regione Lombardia (Ortofoto 1975) testimonia l’inesistenza dell’intera tettoia nell’anno di riferimento e, al contrario, la sua esistenza a partire dal 1985, per cui si ritiene pertanto che le opere siano state eseguite all’interno dell’arco temporale compreso tra il 1975 e il 1985”. Non risulta che l’appellante abbia contestato tale risultanza oggettiva o l’abbia confutata con alcun altro elemento, se non con una testimonianza generica che è poi contraddetta *per tabulas*. Da qui l’irrelevanza delle prove testimoniali, come già accertato dal TAR.

13. Per quanto riguarda la seconda doglianza, in ragione della conclamata abusività del manufatto, sono infondate le censure di difetto di motivazione del provvedimento di demolizione impugnato e di mancata giustificazione dell’interesse pubblico alla demolizione. Secondo la consolidata giurisprudenza, a fronte di immobili sforniti di titolo abilitativo, l’ordine di demolizione è infatti atto dovuto e vincolato e non necessita di motivazione aggiuntiva rispetto all’indicazione dei presupposti di fatto e all’individuazione e qualificazione degli abusi edilizi. Devono essere richiamate le statuizioni dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2017, secondo cui la mera inerzia da parte dell’amministrazione nell’esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l’edificazione *sine titulo*) è sin dall’origine illegittimo e, allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere ‘legittimo’ in capo al proprietario dell’abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un’aspettativa giuridicamente qualificata.

14. E’ infondata anche l’ultima censura, con la quale l’appellante si lamenta del rigetto del rispettivo motivo dedotto in primo grado sull’asserita disparità di trattamento in questo caso.

15. L'appellante ritiene corretto il principio dichiarato dal primo giudice, ovvero che la disparità di trattamento è solamente accertabile fra situazioni legittime o comunque rispetto a situazioni legittimamente trattate o disciplinate, ma, a suo dire, questo non sarebbe accertabile nel presente caso. Ma l'impresa ricorrente non integra tale critica con alcun elemento ulteriore che potrebbe essere concretamente affrontato dal Collegio, se non con una generica affermazione sul principio costituzionale di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione nel caso dei procedimenti sanzionatori in materia di edilizia. Il Collegio rileva, invece, considerata la natura vincolata degli atti repressori nel settore dell'edilizia, che la mancata adozione di ulteriori misure repressive nei confronti di vicini non comporta la legittimazione dell'analogo abuso edilizio del ricorrente, ma può generare – sotto altro profilo e titolo – l'insorgere di responsabilità in capo ai dirigenti, qualora abbiano omesso l'adozione dei provvedimenti ripristinatori e sanzionatori (nonché il contestuale obbligo di questi ultimi di intervenire anche nei confronti dei vicini con provvedimenti repressivi al fine di assicurare il ripristino della legalità violata). Come ricordato da questo Consiglio, un diverso trattamento giuridico di una fattispecie analoga non può comunque essere invocato per estendere in proprio favore posizioni illegittime precedentemente riconosciute dall'Amministrazione, tenuto conto che, in applicazione del principio di legalità, la legittimità dell'operato dell'amministrazione non può comunque essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta in altra situazione (Cons. Stato, sez. VI, n. 8893/ 2019).

16. L'appello va dunque integralmente respinto.

Nulla per le spese del giudizio data la mancata costituzione del Comune appellato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Thomas Mathà**

**IL PRESIDENTE**

**Carmine Volpe**

**IL SEGRETARIO**