

N. 02856/2024REG.PROV.COLL.

N. 07403/2021 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 7403 del 2021, proposto da Ma.Bo. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cristiana Carcelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Società Azzurro Italia H.M.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Duccio Maria Traina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Forte dei Marmi e società Hotel President S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 00738/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Azzurro Italia H.M.G. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2024 il Cons. Stefano Lorenzo

Vitale e uditi per le parti gli avvocati Cristiana Carcelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Ma.Bo. S.r.l. impugna la sentenza del Tar Toscana n. 738/2021 che ha accolto il ricorso proposto da Soc. Azzurro Italia H.M.G. S.r.l. avverso il provvedimento prot. n. 19984 del 28 luglio 2020, del Dirigente del Servizio Edilizia Privata del Comune di Forte dei Marmi, avente ad oggetto “Comunicazione di avvio procedimento amministrativo, ai sensi artt. 7-8 della Legge 07.08.1990, n. 241. Annullamento in via di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies L. 241/90 c/o l'immobile posto in via Ammiraglio MORIN, 65, Forte dei Marmi. ARCHIVIAZIONE”.

2. Soc. Azzurro Italia H.M.G. S.r.l. è proprietaria di un edificio adibito ad albergo, denominato Hotel Principe, sito in Forte dei Marmi, il cui giardino confina, sul lato nord/ovest, con il giardino dell'Hotel President, di proprietà della Società Ma.Bo. Rilevata l'asserita illegittimità della concessione edilizia in sanatoria n. 268 del 12 settembre 2009, rilasciata all'Hotel President, avente ad oggetto una “addizione funzionale consistente nella chiusura e copertura di una terrazza esistente” posta al terzo piano del fabbricato, Soc. Azzurro Italia H.M.G. S.r.l. ha presentato al Comune un esposto sollecitandolo ad esercitare i propri poteri di autotutela.

In particolare, con detta istanza la società ha rappresentato che la chiusura della terrazza sarebbe stata realizzata, rispetto al tratto fronteggiante dell'edificio di Azzurro Italia, a distanza inferiore a 10 metri, in violazione di quanto prescritto dall'art. 9 del d.m. n. 1444/1968 e dall'art. 13, comma 5, delle norme tecniche attuative del regolamento urbanistico vigente.

A seguito di sopralluogo, il Comune ha dato avvio al procedimento per l'annullamento della concessione in via di autotutela, conclusosi con un'archiviazione per insussistenza dei requisiti dettati dall'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990, nella versione *ratione temporis* vigente, per la rimozione del provvedimento illegittimo oltre il termine temporale di diciotto mesi.

3. Contro detto provvedimento è insorta Soc. Azzurro Italia H.M.G. S.r.l., deducendo i vizi di "Violazione o falsa applicazione degli artt. 21-*nonies* l. 7.08.1990, n. 241; 9 d.M 2.04.1968, n. 1444. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto dei presupposti".

Il Tar ha accolto il ricorso.

Secondo il primo giudice, la chiusura della terrazza posta al terzo piano dell'Hotel President, avendo determinato la realizzazione di un'addizione funzionale, utilizzabile e suscettibile di abitabilità, con modifica della sagoma dell'edificio originario, integra un intervento di nuova costruzione, assoggettato in quanto tale al rispetto della disciplina in materia di distanze legali tra edifici e quindi alle previsioni di cui all'art. 9 del d.m. n. 1444/1968 e all'art. 13, comma 5, delle norme tecniche attuative del regolamento urbanistico vigente.

Il Tar ha ritenuto, inoltre, che sussistano nel caso di specie i presupposti temporali per l'esercizio del potere di autotutela di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 bis, l. n. 241/1990 dal momento che:

- anche l'omessa indicazione di un elemento essenziale ai fini della corretta valutazione della domanda di rilascio di un titolo edilizio (segnatamente, il dato della distanza esistente tra gli edifici) può equivalere alla falsa rappresentazione dello stato dei luoghi che consente di prescindere dal rispetto del termine di diciotto mesi per la rimozione in autotutela di un provvedimento viziato;
- la presentazione di una pratica edilizia incompleta e carente di elementi essenziali esclude che in capo alla società richiedente il condono possa ingenerarsi un legittimo affidamento meritevole di tutela;
- l'interesse di ordine pubblico sotteso all'art. 9 del d.m. n. 1444/1968 non può ritenersi soccombente rispetto ad una non meglio precisata esigenza di tutela dell'attività alberghiera e degli interessi collettivi di natura economica.

4. La sentenza in epigrafe è stata impugnata da Ma.Bo. S.r.l., che ha articolato quattro motivi di ricorso.

Si è costituita in resistenza Società Azzurro Italia H.M.G. S.r.l e all'udienza del 21 marzo 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello si censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata notifica dello stesso al Ministero dei beni culturali e del paesaggio.

Osserva parte appellante che nella vicenda in esame, benché il provvedimento di archiviazione del procedimento volto all'annullamento d'ufficio della concessione edilizia in sanatoria n. 268/2009 sia stato emesso dal solo Comune di Forte dei Marmi, in realtà si controverte di un titolo edilizio che è assistito da autonomo titolo paesaggistico, la cui esistenza rivestirebbe un'importanza dirimente per orientare la decisione finale.

Pertanto, la sentenza gravata, laddove ha rigettato l'eccezione relativa al difetto di integrità del contraddittorio, sarebbe viziata da illogicità e contraddittorietà nella parte in cui esclude la partecipazione al giudizio del Ministero e, al contempo, prende in specifica considerazione il vincolo paesaggistico per individuare i presupposti di sanabilità delle opere realizzate in aree ad esso sottoposte.

1.1 Il motivo è infondato.

Correttamente il Tar ha rigettato l'eccezione sollevata dall'odierna appellante circa la mancata estensione del contraddittorio al Ministero dei beni culturali e del paesaggio (oggi Ministero della cultura), dal momento che non è oggetto di contestazione il titolo paesaggistico rilasciato dall'amministrazione statale.

La richiesta di annullamento in autotutela del titolo edilizio, rivolta dall'odierna appellata al comune, è basata su asserite violazioni delle distanze minime tra edifici senza venire in contestazione il parere paesaggistico a suo tempo rilasciato dalla Soprintendenza e presupposto al provvedimento condonistico adottato dal Comune. Il conseguente provvedimento di archiviazione del procedimento di autotutela, impugnato con il ricorso di primo grado, è stato adottato dal solo comune, senza il coinvolgimento della Soprintendenza.

Pertanto, il Ministero della cultura non è parte necessaria del presente giudizio non essendo l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato ai sensi dell'art. 41, co. 2, c.p.a.

In conclusione, il primo motivo di appello deve essere rigettato.

2. Il Collegio ritiene a questo punto di dover esaminare, stante il principio della ragione più liquida, il quarto motivo di appello con cui parte appellante deduce: violazione dell'art. 21 nonies L. 241/90; violazione del d.l. n. 269/2003 e della l.r.

53/004; travisamento dei dati fattuali risultanti dai documenti in atti; errata valutazione dei documenti e dei presupposti.

In particolare, l'appellante censura il capo della sentenza che ha ritenuto la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, L. n. 241/1990 dal momento che, secondo il primo giudice, l'odierno appellante, nell'istanza di condono a suo tempo presentata, non avrebbe rappresentato la circostanza per cui il proprio edificio si trova ad una distanza inferiore a 10 mt rispetto all'edificio della controinteressata.

2.1 Il motivo è fondato.

L'art 21 *nonies*, comma 2 *bis*, contempla la possibilità per la pubblica amministrazione di esercitare il proprio potere di annullamento d'ufficio anche dopo la scadenza del termine temporale prescritto - fissato, nella versione *ratione temporis* vigente della disposizione, in diciotto mesi per i provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici - in caso di "provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato".

La *ratio* della norma è quella di evitare che si consolidino irreversibilmente gli effetti di provvedimenti illegittimi frutto della falsa rappresentazione dei fatti o di mendacio del privato, non essendo sussistente un legittimo affidamento del privato ed essendo prevalente l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata anche a distanza di tempo dall'adozione del provvedimento illegittimo.

È ben vero che la nozione di "falsa rappresentazione" può anche sostanziarsi nell'omessa indicazione, da parte del privato, di un elemento essenziale per l'istruttoria che l'amministrazione deve svolgere. Tuttavia, deve trattarsi di una

rappresentazione di fatti divergente dalla realtà (quindi falsa, o anche solo parziale) di cui l'amministrazione non possa avvedersi nel corso di un'ordinaria istruttoria e che disveli, pertanto, un intento fraudolento o malizioso del richiedente, come tale insuscettibile di ingenerare un affidamento meritevole di tutela. Il provvedimento, difatti, deve essere stato adottato "sulla base" della falsa rappresentazione dei fatti operata dal privato e, pertanto, occorre che tala falsità abbia un'incidenza determinante nell'adozione del provvedimento.

Tale componente autenticamente decettiva nel caso di specie non è presente nell'istanza del privato.

L'odierna appellante, nella propria istanza di condono, non ha operato una falsa rappresentazione della realtà dal momento che la circostanza relativa alla distanza inferiore a 10 metri tra i due edifici era chiaramente evincibile dalla fotografia allegata a detta istanza (doc. 7 depositato da Ma.Bo. in primo grado).

A fronte di tale produzione documentale, sarebbe stato onere del comune svolgere un'istruttoria completa al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per rilasciare il provvedimento di condono, non potendosi, di contro, addebitare l'eventuale illegittimità dello stesso ad una falsa rappresentazione dei fatti del privato.

Di conseguenza, date le peculiarità del caso di specie, non sussistono i presupposti per adottare il provvedimento di annullamento d'ufficio oltre il termine di diciotto mesi fissato dall'art. 21 *nomies* cit. nella versione *ratione temporis* vigente.

Il quarto motivo di appello, in conclusione, deve essere accolto, con conseguente riforma sul punto della sentenza del Tar e, per l'effetto finale, rigetto del ricorso di primo grado.

3. L'accoglimento del quarto motivo consente di assorbire lo scrutinio delle ulteriori censure prospettate nell'atto di appello (motivi nn. 2 e 3) con cui si deduce la

legittimità del provvedimento di condono a suo tempo rilasciato dal Comune e, quindi, l'insussistenza, anche sotto tale profilo, dei presupposti per l'annullamento d'ufficio dello stesso.

4. In conclusione, l'appello deve essere accolto *in parte qua* essendo fondato il quarto motivo ivi proposto e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, deve essere rigettato il ricorso di primo grado.

Data la complessità e peculiarità delle questioni, le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie *in parte qua* come da motivazione e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Stefano Lorenzo Vitale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Lorenzo Vitale

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI