

N. 09164/2024REG.PROV.COLL.

N. 10700/2021 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 10700 del 2021, proposto da Paolo Frigieri, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Iacopetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Forte dei Marmi, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marina Vannucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 00647/2021, resa tra le parti, per l'annullamento dell'ordinanza di demolizione con riduzione in pristino n. 9, emessa dal Dirigente del Servizio Edilizia Privata del Comune di Forte dei Marmi, in data 7 febbraio 2020, di tutte le opere

eseguite in forza del permesso di costruire n. 227/2008 annullato in data 10/11/2010.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Forte dei Marmi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2024 il Cons. Oreste Mario Caputo;

Nessuno è comparso per le parti costituite.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. E' appellata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, (Sezione Terza) n. 00647/2021, di reiezione del ricorso proposto dal sig. Paolo Frigieri avverso l'ordinanza di demolizione del Comune di Forte dei Marmi in data 7 febbraio 2020, avente ad oggetto l'intervento di ristrutturazione con parziale sopraelevazione del fabbricato di proprietà (distinto in catasto al Foglio 11, mappale 235), destinato a civile abitazione, realizzato in forza del permesso di costruire n. 227/2008 annullato in autotutela.

2. Ricontrata nella documentazione allegata alla domanda di permesso di costruire la falsa rappresentazione dello stato dei luoghi, consistente nell'indicazione di distanze maggiori del fabbricato rispetto ai confini e agli edifici antistanti, il Comune ha annullato in autotutela il titolo edilizio, disponendo il ripristino dello status quo ante delle opere.

3. Con la sentenza n. 1000/2015 il Tribunale ha accolto in parte il primo gravame proposto dal ricorrente avverso la sanzione demolitoria sul rilievo che il ripristino è stato adottato senza valutare la possibilità di irrogare la sanzione pecuniaria, come previsto dall'allora vigente art. 138 l.r. 1/2005.

Limitatamente ai capi di sentenza in cui è risultato soccombente, il ricorrente ha proposto appello al Consiglio di Stato, sub R.G. 1433/2016, definito con sentenza Cons. Stato, sez. IV, n. 356/2023.

Da parte sua, esclusa la sussistenza di ragioni atte a giustificare l'irrogazione della sanzione pecuniaria in luogo della sanzione ripristinatoria, il Comune ha ordinato al ricorrente, con il provvedimento impugnato in primo grado, la demolizione delle opere eseguite in forza del permesso di costruire n. 227/2008.

4. Nei motivi d'impugnazione, il ricorrente ha dedotto: violazione degli artt. 38 d.P.R. n. 380/2001 e 204 l. R.T. n. 65/2014, che ha sostituito l'art. 204 della L.R.T. n. 1/2005; violazione dell'art. 7 l. n. 241/1990; violazione degli artt. 900 c.c. e 9 del d.m. n. 1444/1968.

5. Il Tar ha respinto il ricorso.

Difetta, ad avviso dei giudici di prime cure, il presupposto per applicare l'eccezionale potere di sanatoria previsto dall'art. 38 d.P.R. 380/2001 dal momento che l'annullamento del titolo è stato disposto dopo aver accertato che, nella documentazione allegata alla richiesta di permesso di costruire, era stata data una falsa rappresentazione dello stato dei luoghi.

Quanto alla partecipazione del ricorrente al procedimento, il Tar ha dato atto del deposito delle cartoline che attestano il ricevimento (in data 14 e 15 dicembre 2015) della comunicazione di avvio del procedimento da parte del sig. Frigieri e della

madre, oltre al fatto che il ricorrente ha avuto piena conoscenza della natura abusiva dell'intervento.

Infine, si precisa in sentenza, la relazione del C.T.U. depositata nell'ambito del giudizio n. R.G. 127/2011, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, attesta che “... *la apertura presente nel muro di confine di proprietà Fiorelli-Martinazzi è qualificabile come una veduta e non come una luce*”.

6. Appella la sentenza il sig. Paolo Frigieri. Resiste il Comune di Forte dei Marmi.

7. Alla pubblica udienza del 17 ottobre 2024 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

*In limine* va dichiarato inammissibile in parte il primo motivo d'appello laddove richiama lo ius superveniens costituito dal c.d. decreto semplificazione (d.l. 16.7.2020, n. 76, convertito dalla legge 11.9.2020, n. 120) che avrebbe imposto alla P.A. di valutare nuovamente la misura sanzionatoria impugnata.

Il motivo non è stato dedotto in prime cure e come tale, ai sensi dell'art. 104 c.p.a., è inammissibile.

8. Invertendo l'ordine dei motivi d'appello come prospettati dall'appellante, va esaminato il terzo motivo denunciante l'assenza della violazione dell'art. 9, punti 1 e 2, d.m. n. 1444/1968 che ha dato luogo all'autoannullamento del titolo edilizio

Sul punto, è intervenuta la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 356/2023 passata in giudicato – resa fra le stesse parti nel giudizio d'appello proposto avverso la sentenza del Tar n. 1000/2015.

S'è definitivamente chiarito “*che le finestre si trovano (anche) sulla sopraelevazione realizzata dalla parte appellante, ...che la distanza di 10 metri deve essere rispettata anche quando una sola delle pareti sia finestrata*”, e che anche in zona A nei casi di nuova costruzione, o

comunque di modifiche planivolumetriche, qual è quella in esame, deve trovare applicazione l'art. 9 del d.m. n. 1444/1968.

La medesima pronuncia ha cura di precisare che *“la infedele rappresentazione dello stato dei luoghi nelle tavole progettuali, accertata dalla C.T.U. e non contestata dal ricorrente, impedisce il sorgere del legittimo affidamento circa la bontà del titolo edilizio ottenuto”*; e che *“la giurisprudenza non solo amministrativa, ma anche della Corte di Cassazione, è ...univoca nell'attribuire alle norme ritenute violate dal Comune un carattere cogente ed inderogabile, anche nei confronti di eventuali previsioni difformi degli strumenti urbanistici, essendo preordinate alla tutela di interessi pubblici quale quello alla salubrità e all'igiene degli abitati”*.

8.1 I capi di sentenza, passati in giudicato, hanno immediato riflesso sul primo motivo d'appello qui all'esame.

9. Con il primo motivo di appello si sostiene che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime, il Comune di Forte dei Marmi, in esecuzione della precedente sentenza n. 1000/2015 del T.A.R. Toscana, aveva provveduto ad effettuare una nuova esplicita comparazione tra l'interesse pubblico alla demolizione delle opere abusivamente realizzate e l'interesse del proprietario alla conservazione di esse.

Da cui l'esigenza, pubblicistica, al rinnovato scrutinio al mantenimento dell'opera realizzata.

9.1 Il motivo è infondato.

In fatto, preso atto della sentenza del Tar, il Comune ha effettivamente esperito una nuova ponderazione tra l'interesse pubblico alla riduzione in pristino delle opere abusive ed il presunto interesse di parte ricorrente al mantenimento del fabbricato tramite la c.d. fiscalizzazione della parte abusiva.

Ha comunicato l'avvio del procedimento amministrativo ai sensi degli artt. 7 e 8 l. 241/1990 – con il quale avvisava l'apertura del procedimento invitando parte

interessata “*a partecipare al presente procedimento amministrativo*” presentando le controdeduzioni.

Verificata l'assenza di controdeduzioni, il Comune ha adottato la nuova ordinanza di demolizione ribadendo che la distanza tra pareti finestrate imposta dall'art. 9 d.m. 1444 del 1968 va ritenuta inderogabile, stante la natura della norma d'ordine pubblico sanitario, di tutela igienico-sanitaria, al rispetto della distanza minima fra edifici fronteggianti.

Quanto alla comparazione con l'interesse del ricorrente alla conservazione della sopraelevazione, di cui alla richiesta di fiscalizzazione dell'abuso, non va passato sotto silenzio che, ex lege, la sanzione pecuniaria, a fronte d'abuso edilizio c.d. totale, ha natura eccezionale e derogatoria alla regola del ripristino (cfr., Cons. Stato, adunanza plenaria, n. 17/2020).

Sotto altro profilo, va considerato che sulla parte privata incombe l'onere di dimostrare in maniera rigorosa l'obiettiva impossibilità di ottemperare all'ordine di demolizione senza pregiudizio delle porzioni di fabbricato conformi (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3666).

D'altra parte, la fiscalizzazione dell'abuso, in luogo della misura ripristinatoria, è volta a tutelare l'affidamento che il privato serbava sulla legittimità del titolo edilizio rilasciatogli, annullato ex post.

Finalità che non sussiste affatto qualora, come nel caso in esame, il titolo edilizio sia stato ottenuto mediante una falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione della realtà da parte dell'interessato (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2017, n. 1585).

Del resto, l'art. 38 d.P.R. 380/2001, richiamato dall'art. 204 l.r. 65/2014, disciplina l'ipotesi in cui le opere siano state realizzate in presenza di un titolo edilizio successivamente annullato dall'amministrazione o in sede giurisdizionale,

prevedendo la possibilità di evitare la demolizione dell'immobile irrogando una sanzione pecuniaria ove non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure.

Vizi che, secondo l'arresto dell'adunanza plenaria richiamato, devono essere di forma e procedura, non emendabili ai sensi dell'art. 21-nonies l. 241/1990: vale a dire che solo nel caso in cui l'opera non presenti profili di abusività dal punto di vista sostanziale, la tutela dell'affidamento del privato circa la legittimità del titolo edilizio si frappone al potere di riduzione in pristino dell'amministrazione.

Al contrario, nel caso in esame, l'annullamento del permesso di costruire consegue all'accertamento di un vizio sostanziale, quale è la violazione delle norme sulle distanze degli edifici.

In definitiva, la presenza di un vizio inemendabile ha reso doverosa la scelta sanzionatoria adottata dal Comune, di fronte ad un permesso di costruire annullato con un provvedimento la cui legittimità è stata confermata dalla sentenza passata in giudicato n° 356/2023 del Consiglio di Stato, che ha forza di giudicato esterno quanto alle ulteriori questioni dedotte nel motivo in esame sull'effettiva distanza tra pareti finestrate, integrante la violazione dell'art. 9 d.m. 1444 del 1968.

10. Da ultimo è infondato il secondo motivo d'appello denunciante la violazione dell'art. 7 l. 241/1990.

Il Comune, come precisato dal Tar, ha prodotto in giudizio copia dell'avvio di procedimento del 9.12.2015, indirizzata ai due ricorrenti originari, corredata dalla copia delle cartoline di ritorno attestanti la ricezione del provvedimento.

Né il decorso del lasso di tempo tra la comunicazione di avvio del procedimento e l'adozione del provvedimento finale – sulla scorta delle considerazioni appena espresse – poteva ingenerare nei proprietari del bene alcun legittimo affidamento in ordine alla regolarità dell'intervento eseguito e alla possibilità di mantenerlo.

11. Conclusivamente, l'appello deve essere in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto.

12. Le spese del presente grado di giudizio, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo respinge.

Condanna il sig. Paolo Frigieri al pagamento delle spese del grado di giudizio in favore del Comune di Forte dei Marmi liquidate complessivamente in 5.000,00 (cinquemila) euro, oltre diritti ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Oreste Mario Caputo**

**IL PRESIDENTE**  
**Carmine Volpe**

IL SEGRETARIO