

Pubblicato il 18/11/2022

N. 10186/2022REG.PROV.COLL.
N. 09726/2016 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 9726 del 2016, proposto da Raffaele De Chiara, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Terracciano, Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Comune di San Benedetto del Tronto, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Marina Di Concetto, con domicilio eletto presso lo studio Livia Ranuzzi in Roma, viale del Vignola, n.5;

Comune di San Benedetto del Tronto, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 320/2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Benedetto del Tronto;

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 14 novembre 2022 il Cons. Davide Ponte e udito per le parti l'avvocato Gennaro Terracciano in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il presente gravame ha ad oggetto il ricorso in appello avverso la sentenza Tar per le Marche, n. 320/2016 con la quale si respingeva l'impugnazione, proposta da parte dell'odierno appellante, dell'ordinanza dirigenziale del 30.7.2015; tale ultimo atto aveva ad oggetto l'annullamento, in via di autotutela, del permesso di costruire n. 23 del 25.01.2015 rilasciato in favore del ricorrente e demolizione delle opere abusive presenti nell'edificio sito in San Benedetto del Tronto, Largo Mazzini 2, consistenti in una struttura prefabbricata/tettoia in legno ad uso residenziale di una superficie complessiva di mq. 44,30, della copertura con una struttura precaria e provvisoria in legno della caldaia per una superficie di mq. 8,36 nonché del locale tecnico di mq. 10,92.

2. Rispetto a tali opere il Comune aveva rilasciato il permesso di costruire in sanatoria n. 23 del 25.1.2005. Tuttavia lo stesso permesso veniva annullato in autotutela, con l'atto oggetto di impugnazione in primo grado, a seguito degli accertamenti della Guardia di Finanza- Nucleo di Polizia Tributaria di Ancona in ordine alla presenza di riproduzioni fotografiche di interventi successivi al 31.3.2003 e oggetto di una dichiarazione di notorietà resa dal De Chiara in sede di istanza di condono edilizio del 2.12.2004, facendo presumere la presenza di una fattispecie di falso ideologico.

Dal provvedimento comunale emergeva come il condono sarebbe stato ottenuto attraverso dichiarazioni e documenti falsi circa la data di ultimazione delle opere entro il termine ultimo stabilito dalla disciplina di riferimento per la sanabilità degli abusi (31.3.2003).

Veniva altresì disposta la demolizione delle opere ed il ripristino dello stato dei luoghi entro 90 giorni.

3. Il Tar rigettava il ricorso per i seguenti motivi: a) assenza di una lesione dell'affidamento del privato derivante dall'annullamento a distanza di 10 anni dal rilascio del titolo autorizzativo in quanto l'amministrazione è stata posta in condizioni di accertare l'errore in cui è caduta, ovvero da quando ha ricevuto la relazione della Guardia di Finanza del 27.3.2014, cui è seguita la tempestiva comunicazione di avvio del procedimento; b) inesistenza di una prova decisiva riguardo all'effettiva data di ultimazione dei lavori, ma emerge solo un quadro indiziario comunque grave, preciso e concordante, da cui si può obiettivamente dedurre che gli stessi siano stati conclusi in un momento successivo al 31.3.2003.

4. Con il primo motivo di appello si censura la sentenza per non aver accertato la violazione dell'art. 21 *nonies*, l. 241/1990 in quanto l'atto si sarebbe fondato su un presupposto inesistente e cioè la presunta non veridicità della dichiarazione resa che non è stata provata, con conseguente deficit istruttorio.

5. Con il secondo motivo di appello si censura la sentenza sotto il profilo della erronea valutazione della documentazione probatoria offerta dall'odierno appellante, in violazione dell'art. 64 c.p.a., con particolare riferimento alla valutazione arbitraria svolta dal Giudice di prime cure in assenza di una specifica contestazione della difesa comunale.

5. L'amministrazione appellata si costituisce in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

6. Alla pubblica udienza di smaltimento del 14 novembre 2022 la causa passa in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è *prima facie* fondato, con conseguente applicabilità dell'art. 74 cod proc amm; in proposito, va richiamata la decisione di questa sezione (25 luglio 2022, n. 6545), riferita ad analogo provvedimento emesso, sui medesimi presupposti, nei confronti del coniuge dell'odierno appellante De Chiara, Anna Lisa Spinelli.

2. In relazione al primo motivo di appello, emerge sia il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine all'adozione di un atto di autotutela, sia l'assenza dei presupposti posti a base dell'atto stesso, in quanto la mera segnalazione della Guardia di finanza non è stata seguita da alcun procedimento penale.

2.1 In linea di diritto, va ribadito che i provvedimenti di annullamento in autotutela sono attratti all'alveo normativo dell'art. 21 *nonies* l. n. 241 del 1990 il quale, per effetto delle riforme introdotte dal legislatore, ha riconfigurato il relativo potere attribuendo all'Amministrazione un coefficiente di discrezionalità che si esprime attraverso la valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con l'affidamento del destinatario dell'atto. In materia, nel fare applicazione dei principi espressi anche dall'Adunanza plenaria (sentenza 17 ottobre 2017 n. 8), si deve ritenere che i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi siano costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari.

L'esercizio del potere di autotutela è dunque, anche in materia di governo del territorio, espressione di una rilevante discrezionalità che non esime l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono

indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. IV 7 settembre 2018 n. 5277).

2.2 In particolare, in materia edilizia, il potere di autotutela deve essere esercitato dall'Amministrazione competente entro un termine ragionevole e supportato dall'esternazione di un interesse pubblico, attuale e concreto, alla rimozione del titolo edilizio tanto più quando il privato, in ragione del tempo trascorso, ha riposto, con la realizzazione del progetto, un ragionevole affidamento sulla regolarità dell'autorizzazione edilizia;

Di conseguenza, nell'esternazione dell'interesse pubblico l'Amministrazione deve indicare non solo gli eventuali profili di illegittimità ma anche le concrete ragioni di pubblico interesse, diverse dal mero ripristino della legalità in ipotesi violata, che inducono a porre nei nulli provvedimenti che, pur se illegittimi, abbiano prodotto i loro effetti.

3. Facendo applicazione dei predetti principi al caso di specie, dall'analisi della documentazione versata in atti emerge il dedotto difetto di istruttoria e di motivazione in merito alla sussistenza degli elementi evocati in termini di interesse pubblico ulteriore, rispetto al mero dato della presunta illegittimità, alla assenza del rispetto del termine ragionevole – stante il trascorso di dieci anni dal titolo oggetto di ritiro - nonché alla insussistenza della stessa falsa rappresentazione evocata.

3.1 A quest'ultimo riguardo nel caso di specie non è applicabile l'eccezione – presente in giurisprudenza - derivante dalla falsa rappresentazione dello stato dei luoghi intesa come base sufficiente dell'interesse pubblico alla rimozione, in quanto la prospettazione in proposito formulata nell'informativa della Guardia di Finanza, non ha trovato corso in alcuno specifico procedimento penale (avviato per ipotesi diverse dalla dichiarazione mendace). Premesso che di per sé un tale elemento formale è insufficiente a sostenere la motivazione di un atto di tale rilevanza quale il ritiro di un titolo già rilasciato

dieci anni prima, le stesse prospettazioni ivi contenute non risultano esser state considerate di alcun rilievo per avviare un processo penale, né risultano adeguatamente sviluppate dal Comune al fine di sostenere l'atto adottato.

3.2 Peraltro, i meri indizi ivi tratti dal Comune, non sono all'evidenza sufficienti al fine di sostenere l'onere della prova che, a differenza del procedimento ordinario di rilascio della sanatoria (dove l'onere probatorio incombe sul privato), fa capo unicamente all'amministrazione procedente in autotutela. Ed a quest'ultimo riguardo l'amministrazione non ha svolto alcun approfondimento istruttorio autonomo né alcuna valutazione delle risultanze, con ciò rendendo evidente la fondatezza delle censure dedotte in termini di difetto di istruttoria e di motivazione.

3.3 In materia va comunque ribadito quanto ancora di recente espresso dalla sezione, per cui la p.a. nell'esercitare i propri poteri di autotutela gode di discrezionalità, dal momento che le rappresentazioni non veritiere non determinano l'insorgenza di un interesse *in re ipsa* dell'Amministrazione al ripristino della legalità violata, in quanto l'asserito "mendacio" (o dichiarazioni non veritiere) non obbliga l'Amministrazione all'esercizio dei poteri inibitori e repressivi invocati, che, presupponendo la non conformità dell'atto alle vigenti norme edilizie e urbanistiche, richiede anche la ricorrenza dell'ulteriore presupposto dell'interesse pubblico al ritiro dell'atto, valutato tenendo anche conto degli interessi privati in gioco (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 21/12/2021, n. 8495).

4. Anche in relazione alla ragionevolezza del termine trascorso dal rilascio del titolo, se il termine di diciotto mesi è applicabile solo per i provvedimenti adottati successivamente alla entrata in vigore della l. 124/2015 (avutasi in data 28 agosto 2015) in considerazione della natura innovativa (e non interpretativa) della disposizione, con conseguente inapplicabilità *ratione temporis* nel caso di specie, resta salva l'operatività del «termine ragionevole», secondo la formulazione del testo previsto dall'originaria versione del citato art. 21-nonies, con la conseguenza che la novella non può non valere come

prezioso indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione (cfr. ad es. Consiglio di Stato , sez. VI , 08/09/2020 , n. 5410); ragionevolezza assente nel caso di specie, laddove l'atto di ritiro risulta adottato dieci anni dopo il titolo annullato, rispetto alla quale infatti risulta confermata la dedotta carenza di istruttoria e di conseguente motivazione.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va accolto sotto l'assorbente profilo di cui al primo motivo di appello, con conseguente – in riforma della sentenza impugnata – accoglimento del ricorso di primo grado. Sussistono giusti motivi, in coerenza con il precedente della Sezione sopra richiamato e reso nella analoga fattispecie, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla l'ordinanza dirigenziale del 30.7.2015;

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 14 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Massimiliano Tarantino, Presidente FF

Giovanni Sabato, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE
Davide Ponte

IL PRESIDENTE
Luigi Massimiliano Tarantino

IL SEGRETARIO