

**EDILIZIA ED URBANISTICA: Permesso di costruire – Decorso dei tre anni dall’inizio dei lavori – Scadenza – Non è sufficiente il mero decorso del termine – Dichiarazione del Comune a seguito di istruttoria – Necessità.**

**Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2021, n. 7948**

*“[...] la scadenza di un titolo edilizio deve essere dichiarata dal Comune a seguito di un’istruttoria e non può dedursi dal mero decorso del termine assegnato per la realizzazione dei lavori [...]”.*

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Amalfi appellava la sentenza n. 1024/2014 del TAR Campania, sezione staccata di Salerno, che aveva accolto il ricorso contro l’ordinanza n. 3 del 28 febbraio 2013 del dirigente della Polizia Municipale contenente l’ordine alla ditta edile, incaricata di lavori di ristrutturazione dalla Fondazione Mariano Bianco di Amalfi, di rimuovere il materiale collocato in prossimità dell’ingresso da piazza Municipio con il cunicolo pedonale e carraio del garage pubblico in roccia denominato "Lunarossa".

2. Il Comune in primo grado aveva proposto una serie di eccezioni preliminari tutte respinte dal TAR e che vengono riproposte in questa sede:

a) la prima riguarda un asserito difetto di giurisdizione poiché l’ordinanza, essendo stata emanata con i poteri attribuiti dal Codice della Strada, doveva essere impugnata innanzi al giudice ordinario. Il TAR ha osservato che non si trattava di un’ordinanza *ex art. 22 L. 689/1981*, ma della contestazione dei poteri autoritativi su un’area ritenuta dalla fondazione ricorrente di sua proprietà;

b) la seconda attiene all’inammissibilità per mancata notifica al controinteressato e cioè la società cui il Comune aveva affidato la gestione del parcheggio pubblico che poteva essere raggiunto attraverso il passaggio indicato nell’ordinanza impugnata. Il TAR ha escluso che la società in questione fosse controinteressata perché ciò non risultava in alcun modo dall’atto;

c) la terza riguarda l’irricevibilità perché il ricorso contestava anche il parere dei Vigili del Fuoco di Salerno 3383 del 19.7.2004, posto a fondamento dell’ordinanza e non impugnato nei termini. Per il TAR l’atto non ha alcuna portata lesiva poiché era stato emesso per provvedere all’istanza di deroga alla normativa antincendi presentata dal Comune di Amalfi e quindi era un mero atto presupposto dell’ordinanza impugnata, idoneo a legittimare la proposizione di motivi aggiunti, dopo la conoscenza acquisita dalla ricorrente in ordine al suo integrale contenuto a seguito del deposito in giudizio;

d) la quarta attiene ad un ulteriore profilo di inammissibilità che scaturirebbe dalla mancata impugnazione di una precedente ordinanza ( nr. 195 del 3.3.2011 ) di cui quella impugnata costituirebbe mero atto confermativo. Il TAR ha ritenuto l'ordinanza impugnata non meramente confermativa della precedente poiché quest'ultima non è richiamata nella seconda che si fonda sull'accertamento di fatti nuovi e successivi a quelli che hanno dato luogo all'emanazione dell'ordinanza 195/2011;

e) la quinta eccepisce l'inammissibilità perché il permesso di svolgere i lavori bloccati dall'ordinanza era scaduto essendo trascorsi più di tre anni dal rilascio, considerando oltretutto che l'ordine di fermare i lavori non era stato emesso dal Comune ma dal direttore dei lavori. E' stato in contrario osservato dal primo giudice che la scadenza del titolo edilizio deve essere valutata con apposita istruttoria dall'ufficio competente che non potrà non valutare anche l'incidenza dell'ordinanza sulla perseguibilità dei lavori;

f) la sesta riguarda un presunto difetto di legittimazione attiva poiché l'ordinanza è stata indirizzata alla ditta che faceva i lavori per conto della Fondazione. Sottolinea il TAR che l'ordinanza incide sulla disponibilità ed il godimento dell'area pertinenziale di cui la ricorrente si afferma proprietaria e non può escludersi la sua incidenza negativa sugli interessi di cui essa è titolare;

g) la settima sostiene l'inammissibilità in quanto la fondazione non ha giammai impugnato, nelle sedi competenti e nei termini di legge, i progetti di realizzazione del parcheggio pubblico. Per il TAR il Comune non ha dimostrato che i progetti di tale opera pubblica contenessero previsioni limitative del libero utilizzo da parte della Fondazione ricorrente dell'area di cui si afferma proprietaria;

h) l'ottava denuncia l'inammissibilità poiché non sono stati impugnati gli atti del 2007 che hanno destinato tale area a pubblica utilità. L'eccezione è stata respinta perché generica non indicando quali sarebbero gli atti del 2007 la cui mancata impugnazione comporterebbe inammissibilità;

i) la nona, ugualmente respinta per genericità, ritiene inammissibile il ricorso per la sua natura emulativa;

j) l'ultima propone un ulteriore difetto di giurisdizione in quanto l'accertamento della proprietà dell'area appartiene alla cognizione del giudice ordinario. L'eccezione non è stata accolta perché l'oggetto del giudizio non era l'accertamento della proprietà o del possesso dell'area per cui pende autonomo giudizio innanzi al giudice ordinario, ma l'incidenza dell'esercizio di una *potestas* pubblica sull'uso delle facoltà dominicali.

3. La sentenza impugnata aveva individuato la *ratio* del ricorso nel pregiudizio derivante dal provvedimento impugnato agli interessi della Fondazione nell'impedimento frapposto all'esecuzione

dell'intervento di manutenzione straordinaria. Aveva ritenuto infondato il motivo di ricorso che sottolineava come l'atto impugnato fosse una violazione del giudicato che si era formato sulla sentenza n. 2262/2012 che aveva annullato una precedente ordinanza poiché in quel caso erano stati ritenuti carenti i presupposti per il legittimo esercizio del potere contingibile ed urgente di cui all'art. 54 d.lgs. 267/2000. Ugualmente infondata è reputata la censura relativa alla mancata comunicazione di avvio del procedimento, intervenendo l'ordinanza in un lungo contenzioso tra le parti in causa. Dopo aver respinto altri motivi meno rilevanti, accoglieva il ricorso poiché risultava indimostrato il titolo giuridico circa la natura suolo pubblico che legittimava l'emissione dell'ordinanza contingibile, avendo la Fondazione ricorrente rivendicato la proprietà ed il possesso del plesso edilizio così come dell'area pertinenziale affacciante su piazza Municipio.

L'ordinanza presentava un difetto istruttorio e di motivazione poiché si limitava ad asserire incidentalmente il carattere pubblico del suolo interessato, senza dimostrare la natura pubblica dell'area o l'esistenza di una servitù di passaggio, funzionale a garantire le condizioni di sicurezza del parcheggio pubblico, in presenza oltretutto di un giudizio possessorio intentato dalla parte ricorrente nei confronti del Comune di Amalfi.

Quanto ai motivi aggiunti relativi all'atto presupposto, cioè l'autorizzazione in deroga dei Vigili del Fuoco, il TAR riteneva fondata la censura di incompetenza poiché l'autorizzazione in deroga doveva essere rilasciata dall'Ispettorato Regionale dei VV.FF. e non dal Comando Provinciale dei VV.FF., da cui promanava la nota impugnata. Conclusivamente il T.a.r. accoglieva la domanda annullatoria, avanzata col ricorso ed i motivi aggiunti, mentre respingeva la domanda di risarcimento del danno.

4. L'appello del Comune si fonda su tre motivi:

I) violazione D.P.R. 37/1998 anche in relazione all'art. 20 D.P.R. 577/1982. Il Comando provinciale dei VVFF non era incompetente ad emettere l'atto poiché si trattava di un parere preliminare, cioè di un atto endoprocedimentale, mentre il provvedimento finale non impugnato, che recepisce dette prescrizioni, è stato regolarmente emesso dall'ispettorato regionale dei VV.FF. il 18.11.2004. Il parere del 19.7.2004, riportato nell'ordinanza prescrive che il *tunnel* esistente a cui è collegato quello laterale di deflusso del garage, deve essere reso carrabile fino alla sbocco di piazza Municipio condizione indispensabile per la movimentazione degli automezzi in servizio di soccorso ed essendo immediatamente lesivo andava impugnato per tempo cosicché il ricorso di primo grado per motivi aggiunti sarebbe tardivo;

II) l'annullamento per la mancata indicazione del titolo sull'area da parte del Comune è erroneo perché sussistendo un contenzioso dominicale innanzi al giudice civile non era necessario precisare il fondamento del potere di intervento;

III) il TAR non avendo accolto l'eccezione che rilevava come i lavori sospesi a causa dell'ordinanza non avevano titolo per essere proseguiti, si è sostituito all'Amministrazione poiché l'art. 15, comma 2, d.p.r. 380/2001 prevede che il permesso di costruire decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che anteriormente alla scadenza venga richiesta una proroga che nel caso di specie non risulta presentata;

IV) infine, oltre a ribadire tutte le eccezioni presentate in primo grado e precedentemente illustrate, elencava nuovamente tutte le censure proposte ai motivi di ricorso in primo grado.

5. Si costituiva in giudizio la Fondazione Mariano Bianco ONLUS che, oltre ad opporsi all'accoglimento del gravame, presentava appello incidentale fondato su otto motivi:

a) il primo pone la sua attenzione su un passaggio della sentenza nel quale era stato affermato che appare fondato l'assunto che il Comune non abbia dimostrato la proprietà pubblica dell'area interessata dall'ordinanza ma non decisivo per disporre l'annullamento dell'atto. L'appellato ritiene, al contrario, tale considerazione sufficiente per disporre l'annullamento;

b) il secondo sottolinea come dagli allegati tecnici al ricorso emergeva chiaramente che il cantiere non costituiva pericolo per la pubblica incolumità e comunque non impediva né la circolazione pedonale, né la circolazione veicolare d'emergenza cosicché l'ordinanza non era giustificata; la sentenza non ha valutato quest'aspetto limitandosi ad affermare che l'ordinanza costituisce espressione degli ordinari poteri di gestione degli interessi pubblici affidati all'Amministrazione intimata;

c) il terzo richiama l'importanza della nota del 18/02/2013, inviata dalla ricorrente al Comune, che comunicava la ripresa dei lavori edilizi a seguito della sentenza 2262/2012 del TAR Campania sezione staccata di Salerno che aveva annullato una precedente ordinanza di contenuto simile a quella impugnata. Il Tar ha ritenuto irrilevante la circostanza poiché il posizionamento di materiali ed attrezzature di cantiere non diveniva legittimo solo perché oggetto di una preventiva comunicazione informativa indirizzata dalla parte privata all'Ente pubblico. Si è, invece, verificata la violazione delle regole di buona amministrazione e del principio di affidamento del terzo poiché il responsabile della Polizia Municipale, prima ha fatto riposizionare i materiali e riprendere i lavori, e poi ha adottato l'ordinanza;

d) il quarto lamenta la mancata liquidazione del danno anche in via equitativa;

e) il quinto più che un motivo di ricorso è la contestazione di una tesi espressa dalla controparte nel giudizio di primo grado circa il fatto che nel precedente giudizio conclusosi con la sentenza 2262/2012 era stato annullato soltanto l'ordinanza del Sindaco del marzo 2011 e non il provvedimento del responsabile della Polizia Municipale;

f) il sesto contesta che l'ordinanza impugnata con i motivi aggiunti non era stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, ed il TAR ha ritenuto irrilevante la circostanza perché c'era un contenzioso annoso in essere;

g) il settimo contesta che non si sia tenuto conto dell'effetto caducante automatico per l'annullamento degli atti presupposti impugnati;

h) l'ottavo sottolinea come con l'atto impugnato l'Amministrazione si sia sostituita al giudice civile nello stabilire a chi appartenesse la proprietà del suolo occupato dalle attrezzature edili rimosse.

6. Alla pubblica udienza del 9 novembre 2021, sulle conclusioni delle parti costituite, la causa è stata introitata in decisione.

7. E' necessario procedere preliminarmente al vaglio delle eccezioni in rito che furono proposte in primo grado dal Comune e respinte dal TAR poiché il loro eventuale accoglimento potrebbe rendere superfluo l'esame delle doglianze sostanziali.

7.1. Non sussiste alcun difetto di giurisdizione poiché l'ordinanza emessa dalla Polizia Municipale non è un provvedimento che irroga una sanzione per violazione delle norme del Codice della Strada impugnabile innanzi al Giudice di Pace, ma ha lo scopo di rimuovere un supposto intralcio alla circolazione dei mezzi con un provvedimento contingibile e urgente.

7.2 La notifica ad almeno un controinteressato è necessaria quando questi risulta dall'atto impugnato o è facilmente identificabile in virtù del suo contenuto; nel caso in esame la società che gestisce per conto del Comune il parcheggio è titolare al più di un interesse di mero fatto che l'accesso al parcheggio non sia reso più difficoltoso dalle strutture edili da rimuovere.

7.3 La tardività del ricorso in primo grado non può dedursi dalla supposta tardiva impugnazione dell'atto presupposto dell'ordinanza e cioè il parere dei Vigili del Fuoco del 2004 anche perché il contenuto di quel parere era solo una delle motivazioni dell'ordinanza impugnata.

7.4 L'ordinanza impugnata non è un mero atto confermativo di un precedente provvedimento del 2011 mai impugnato poiché l'ordinanza non richiama l'atto del 3.3.2011 nr. 195 ed è stata emessa all'esito di una nuova istruttoria.

7.5 L'eccezione di inammissibilità per essere, secondo il Comune, scaduto il permesso di costruire per il decorso dei tre anni costituisce un'eccezione di merito e non di rito e comunque la scadenza di un titolo edilizio deve essere dichiarata dal Comune a seguito di un'istruttoria e non può dedursi dal

mero decorso del termine assegnato per la realizzazione dei lavori ( ex multis Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 4 novembre 2021, n. 7373 ).

7.6 Non vi è alcun difetto di legittimazione attiva perché, anche se l'ordinanza è formalmente rivolta alla ditta appaltatrice, è evidente che l'appaltante ha interesse ad opporsi all'interruzione dei lavori.

7.7 La non impugnazione degli atti amministrativi relativi alla destinazione dell'area a parcheggio e la successiva realizzazione dello stesso non ha alcuna attinenza con il contenzioso in esame cosicché non è chiara la ragione per cui dovrebbe ritenersi inammissibile il ricorso.

7.8 La circostanza che esista in sede civile un contenzioso sulla proprietà ed il possesso dell'area tra il Comune e la Fondazione non incide in alcun modo sull'ammissibilità del ricorso né attrae nella giurisdizione del giudice ordinario la vicenda in esame.

8. Affrontando quindi il merito il ricorso è da reputare fondato esclusivamente il primo motivo.

8.1 La sentenza impugnata ha accolto la censura, articolata coi motivi aggiunti al ricorso di prime cure, relativa all'incompetenza del Comando Provinciale dei VV.FF ad autorizzare in deroga la struttura ai fini della prevenzione incendi, non considerando che l'ufficio in questione si è limitato ad esprimere un parere sull'ammissibilità dell'autorizzazione in deroga che è stata rilasciata dall'Ispettorato Regionale dei VV.FF. in data 18 novembre 2004. Tale motivo, sollevato con riferimento al ricorso per motivi aggiunti avverso la nota del Comando Provinciale dei VV.FF. n. 3383 del 19.7.2004 è quindi fondato e va accolto,

8.2 Non può essere accolto invece il secondo motivo che contesta la rilevanza delle circostanze dedotte nel giudizio petitorio in sede civile circa la proprietà dell'area interessata dall'ordinanza impugnata; la sentenza impugnata ha motivato sul punto sottolineando come un provvedimento che incideva sul possesso e sull'utilizzazione di un'area contesa tra le parti avrebbe dovuto precisare almeno il titolo in base al quale il Comune si considerava il legittimo proprietario e non limitarsi ad asserire di esserlo. La censura di difetto di istruttoria accolta dal primo giudice è condivisa dal Collegio poiché, in presenza di un contenzioso sul punto, l'esplicazione del titolo in virtù del quale il Comune poteva ritenersi legittimato ad ordinare lo sgombero dei materiali alla ditta edile appaltatrice era necessario. La legittimazione ad emettere un provvedimento come quello impugnato poteva nascere solamente dall'esistenza di un diritto di proprietà o dalla costituzione di una servitù di passaggio in favore del parcheggio che dovevano essere attestate in qualche modo, pur in pendenza del contenzioso innanzi al giudice civile.

8.3 Il terzo motivo è una mera ripetizione dell'eccezione di inammissibilità per asserita scadenza del permesso di costruire che renderebbe *ex se* illegittima la presenza delle strutture necessarie per realizzare la ristrutturazione concessa alla Fondazione e che l'ordinanza ha intimato di rimuovere.

Non può che ribadirsi che la decadenza del titolo edilizio non può essere valutata, *incidenter tantum*, in occasione di procedimenti che riguardano altra materia, ma deve essere oggetto di un'apposita istruttoria per accertare la sussistenza dei presupposti che vanno al di là della mera scadenza del triennio previsto dall'art. 15. d.P.R. 380/2001 perché potrebbero esservi delle circostanze di fatto che giustificano lo sforamento del termine.

9. La reiezione delle censure che riguardavano l'annullamento dell'ordinanza della Polizia Municipale rende improcedibile l'esame dei motivi dell'appello incidentale che riproponevano singole argomentazioni per giustificare l'annullamento del provvedimento che non erano state accolte dal giudice di primo grado e ciò in considerazione della conferma della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso di primo grado

10. Rimane da esaminare solamente l'appello incidentale ove ci si duole del mancato riconoscimento dei danni da risarcire.

Il TAR ha respinto la richiesta in quanto fondata sulla quantificazione dei danni derivanti dall'arresto dei lavori presentata alla Fondazione dalla ditta esecutrice dei lavori da essa commissionati e non vi era prova che il danno da potenziale fosse divenuto attuale.

In appello non sono stati forniti elementi ulteriori che provino l'esistenza del danno tenuto conto oltretutto che, dalla presentazione dell'appello alla sua discussione, sono trascorsi molti anni che avrebbero consentito di raccogliere gli elementi necessari a documentare la produzione del pregiudizio patrimoniale dal momento che la valutazione equitativa del danno può riguardare il *quantum* ma mai l'*an*. La domanda risarcitoria va quindi respinta.

11. In conclusione, l'appello principale è fondato, e pertanto va accolto, limitatamente all'impugnativa dalla nota del Comando Provinciale dei VV.FF. n. 3383 del 19.7.2004 con il ricorso di primo grado per motivi aggiunti; il ricorso incidentale va in parte dichiarato improcedibile ed in parte respinto,

12. L'accoglimento parziale dell'appello giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 8243/2014), così decide:

- accoglie, nei limiti di cui in motivazione, l'appello principale proposto dal Comune di Amalfi, e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso per motivi aggiunti di primo grado avverso la nota del Comando Provinciale dei VV.FF. n. 3383 del 19 luglio 2004;

- dichiara in parte l'appello incidentale proposto dalla Fondazione Mariano Bianco Onlus improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse mentre per il resto lo respinge nel merito.

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 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Antonella Manzione, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore