



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5475 del 2013, proposto da:

Prestige S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Bardelli, Andrea Manzi, Paolo Bertacco, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

contro

Comune di Pescara, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Paola Di Marco, con domicilio eletto presso Roberto Colagrande in Roma, viale Liegi 35 B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n. 00061/2013, resa tra le parti, concernente diniego del permesso di costruire - ris.danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pescara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2015 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Luca Mazzeo (su delega di Manzi), Bertacco e Francesco Bruno (su delega di Di Marco);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

In data 29 gennaio 2004 la società Prestige presentava al Comune di Pescara la richiesta per la realizzazione di un immobile residenziale in via Giorgione contraddistinto in catasto al Foglio 7, mapp. 686 e 757.

Il Comune di Pescara provvedeva al rilascio del permesso di costruire n. 154 del 21 maggio 2008 a distanza di oltre 4 anni dalla richiesta.

Successivamente, ottenuto il permesso, in data 2 dicembre 2008 la società avviava i lavori comunicandolo all'Ufficio preposto, tenuto conto che detto avvio era caratterizzato da una serie di attività quali: l'apertura del cantiere, l'esecuzione dei primi sbancamenti del terreno, ed in particolare lo scavo per le opere fondali verso il versante ovest del lotto con i primi getti.

Nelle more del predetto procedimento, l'Amministrazione comunale approvava con delibera c.c. n. 94 dell'8 giugno 2007 la variante al PRG denominata "Piano delle invarianti per uno sviluppo sostenibile" che mutava la disciplina urbanistica dell'area in questione, trasformandola da zona "B4" a zona "P3" - ad elevato rischio idrogeologico" ed in particolare quale sottozona G2 "verde privato di tutela".

Intanto, con l'avvio delle opere emergevano alcune criticità legate ai rischi di smottamento della vicina parete collinare che inducevano l'appellante a svolgere alcuni approfondimenti tecnico-strutturali al fine di erigere un fabbricato che potesse presentare i migliori standard di sicurezza da un punto di vista geologico.

In particolare, a seguito di tali approfondimenti nasceva l'esigenza di un ripensamento dell'intero progetto originariamente assentito, che prevedesse in particolare una diversa e più consistente opera di contenimento del terreno lungo il versante più problematico, anche attraverso la previsione di una maggiore distanza del fabbricato dal confine ovest con una conseguente riduzione di volume e di sagoma. Conseguentemente, nell'ottobre del 2009 l'appellante decideva di comunicare all'amministrazione comunale la sospensione dei lavori in corso per predisporre una variante al titolo edilizio rilasciato. La stessa procedeva alla messa in sicurezza dell'area mediante il reinterro della zona nella quale erano iniziate le opere.

In data 5 maggio 2010 l'appellante presentava istanza di variante al permesso di costruire, che lasciava invariata la tipologia inizialmente proposta (residenza unifamiliare). La stessa proponeva la riduzione a due unità immobiliari (a fronte delle quattro originariamente assentite) in un fabbricato sempre ubicato longitudinalmente all'interno della proprietà; prevedeva data la particolare orografia dell'area, degradante dalla fascia collinare verso la costa, la realizzazione di opportune (e risolutive) opere di contenimento del terreno soprattutto nel lato ovest. Gli Uffici comunali ponevano in essere un atteggiamento dilatorio, a fronte del quale l'appellante in data 21 marzo 2011 presentava una domanda di sospensione dei termini di validità del permesso di costruire, e a distanza di oltre un anno dalla presentazione della variante, in data 29 giugno 2011 la società Prestige si vedeva recapitare una comunicazione circa i motivi ostativi in ordine al rilascio del titolo edilizio in variante motivata nel senso che "le opere private determinano variazioni essenziali a quanto già autorizzato e pertanto necessitano del rilascio di un nuovo permesso a costruire che alla luce della normativa vigente non può essere rilasciato, in quanto la zona interessata dall'intervento ricade in sottozona G2 - verde privato di tutela e zona P3 della Carta della pericolosità geologica del PRG, dove non sono consentite nuove costruzioni".

In data 13 giugno 2012 l'Amministrazione comunale comunicava il diniego all'accoglimento dell'istanza.

Avverso detto provvedimento la società Prestige proponeva ricorso avanti al Tar Abruzzo - Pescara conclusosi con sentenza n. 61 del 4 febbraio 2013.

In particolare, il giudice di prime cure ha dichiarato in parte inammissibile (la domanda di annullamento del diniego) ed in parte ha respinto (la domanda di risarcimento danni) detto ricorso, stante la decadenza del titolo, per mancato inizio dei lavori entro i termini stabiliti, ai sensi dell'art. 15, comma 2 DPR 380/2001, ritenendo fondata l'eccezione all'uopo sollevata dal Comune resistente.

A fronte di tale decisione, la soc. Prestige propone appello deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'integrale riforma sulla base di cinque motivi: erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, omessa motivazione: sulla erronea qualificazione delle opere progettate come "variante essenziale"; omessa motivazione: sull'erronea interpretazione dell'art. 70, comma 7 NTA del PRG; omessa pronuncia: sulla domanda di esatto adempimento; errore di giudizio ed omessa pronuncia: sulla domanda di risarcimento del danno.

Il Comune di Pescara si è costituito chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

Le parti in vista dell'udienza di discussione hanno depositato memorie e repliche, insistendo per l'accoglimento delle rispettive domande, eccezioni e conclusioni.

All'udienza pubblica del 9 giugno 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Con la prima censura parte appellante deduce erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

La società ricorrente in prime cure ha impugnato il rigetto dell'istanza di permesso di costruire in variante e ha chiesto la condanna del Comune resistente, in via principale, al rilascio del permesso di costruire e al risarcimento del danno da ritardo per equivalente monetario e, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Il Comune, nel costituirsi, ha eccepito in via preliminare l'avvenuta decadenza del permesso di costruire originario (n.154 del 21 maggio 2008) ai sensi dell'articolo 15 comma 2 del d.p.r. n. 380 del 2001 e quindi l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

Il Tar Abruzzo, sezione staccata di Pescara, con la sentenza n. 61 del 2013, impugnata in questa sede, ha ritenuto l'eccezione fondata, ed ha così motivato in proposito: <<La decadenza, inoltre, opera di diritto e non è richiesta a tal fine l'adozione di un provvedimento espresso.

*Nonostante la presenza di un minoritario orientamento diverso, la tesi prevalente in giurisprudenza, e che il Collegio condivide, si basa sulla lettera della legge, che fa dipendere la decadenza, non da un atto amministrativo, costitutivo o dichiarativo, ma dal semplice fatto dell'inutile decorso del tempo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2915/2012).*

*Diversamente opinando, del resto, si farebbe dipendere la decadenza non solo da un comportamento dei titolari del permesso di costruire ma anche della Pubblica Amministrazione che potrebbe in taluni casi adottare un provvedimento espresso e in altri casi no, con possibili ipotesi di disparità di trattamento tra situazioni che nella sostanza si presenterebbero identiche (cfr. Tar Roma sentenza n.5530/2005; Consiglio di Stato, sentenza n. 2915/2012) >>.*

Ritiene il Collegio che tale orientamento giurisprudenziale non possa essere condiviso per le ragioni che seguono.

Il Tar Pescara nella pronuncia di inammissibilità ha richiamato la sentenza di questa Sezione 18 maggio 2012, n. 2915, la quale, nel prendere in esame il problema di fondo che le parti in causa avevano sottoposto al suo giudizio, e cioè se l'inosservanza delle condizioni da parte del costruttore comporta automaticamente la decadenza del permesso di costruire, che gli era stato rilasciato e che fissava anche i termini di inizio e completamento dei lavori, ovvero se a questo effetto è richiesto un apposito provvedimento da parte del competente organo comunale, ha motivatamente dichiarato di optare per la prima soluzione. La tesi svolta, come meglio si vedrà in seguito, è che, ai sensi dell'art. 15, co. 2, t.u. dell'edilizia, la decadenza della concessione edilizia per mancata osservanza del termine di inizio e completamento dei lavori opera di diritto e il provvedimento, ove adottato, ha carattere meramente dichiarativo di un effetto già verificatosi.

Ha aggiunto il Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 2915 del 2012 che la sua tesi trova conforto nella notazione (del giudice di primo grado) secondo la quale, diversamente opinando, si farebbe dipendere la decadenza non solo da un comportamento dei titolari della concessione, ma anche della Pubblica amministrazione, libera in taluni casi di adottare un provvedimento espresso e in altri casi no, con possibile disparità di trattamento tra situazioni identiche. Invece il diretto riferimento al dettato legislativo, per quanto attiene ai termini e alle conseguenze che derivano dalla loro elusione, elimina in radice ogni ipotesi di disparità di trattamento; al tempo stesso la necessità dell'applicazione del regime sanzionatorio per i lavori eseguiti dopo il decorso del termine stabilito dal titolo abilitativo è, a sua volta, conseguenza necessitata della violazione da parte dell'interessato di puntuali obblighi a lui assegnati dalla stessa legge. La conclusione che la citata sentenza trae dal suo argomentare è che la pronuncia di decadenza del titolo edilizio è espressione di un potere strettamente vincolato; ha natura ricognitiva, perché accerta il venir meno degli effetti del titolo edilizio in conseguenza dell'inerzia del titolare e assume pertanto decorrenza ex tunc; inoltre il termine di durata del titolo edilizio non può mai intendersi automaticamente sospeso, essendo al contrario sempre necessaria, a tal fine, la presentazione di una formale istanza di proroga, cui deve comunque seguire un provvedimento da parte della stessa Amministrazione che ha rilasciato il titolo edilizio che accerti l'impossibilità del rispetto del termine ab origine fissato, e solamente nei casi in cui possa ritenersi sopravvenuto un factum principis, ovvero l'insorgenza di una causa di forza maggiore.

Contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza più volte richiamata, la giurisprudenza del giudice amministrativo, pur mostrandosi concorde nell'affermare che la decadenza del permesso di costruire costituisce un effetto che discende dall'inutile decorso del termine di inizio e/o completamento dei lavori autorizzati, è, tuttavia, in prevalenza orientata a richiedere, come condizione indispensabile perché detto effetto diventi operativo, l'adozione di un provvedimento formale da parte del competente organo comunale, ancorché meramente dichiarativo e con efficacia ex tunc, qualunque sia l'epoca in cui è stato adottato e quindi anche se intervenuto molto tempo dopo che i termini in questione erano inutilmente decorsi, e ancorché i suoi effetti retroagiscano al momento dell'evento estintivo. Si tratta, in effetti, di una giurisprudenza risalente nel tempo (cfr. Cons. St., sez. V, 15.6.1998, n. 834; Cons. St., sez. V, 23.11.1996, n. 1414, per il quale l'adozione del provvedimento dichiarativo della decadenza costituisce condizione per

l'esercizio dei poteri sanzionatori amministrativi e per l'insorgenza dell'eventuale responsabilità penale del titolare del permesso di costruire per il caso di esecuzione dei lavori oltre il termine prescritto dalla concessione edilizia) e sovente riproposta (Cons. St., sez. V, 20.10.2004, n. 5228).

È peraltro incontestabile che anche la giurisprudenza più recente di questo giudice di appello è prevalentemente orientata nel senso che l'operatività della decadenza della concessione edilizia necessita dell'intermediazione di un formale provvedimento amministrativo di carattere dichiarativo, che deve intervenire per il solo fatto del verificarsi del presupposto di legge e da adottare previa apposita istruttoria. Sulle stesse conclusioni è attestata anche la giurisprudenza del giudice di primo grado, per la quale la decadenza del permesso di costruire non opera di per sé, ma deve necessariamente tradursi in un provvedimento espresso che ne accerti i presupposti e ne renda operanti gli effetti; che, sebbene a contenuto vincolato, ha carattere autoritativo e, come tale, non è sottratto all'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 l. 7.8.1990, n. 241; può essere adottato solo previa formale ed apposita contestazione, esplicitazione di una potestà provvedimentale.

In una non recente decisione di questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., sez. VI, 17.2. 2006, n. 671) la ragione, che giustificerebbe l'obbligo per l'ente locale di adottare un atto che formalmente dichiara l'intervenuta decadenza del permesso di costruire, è stata individuata nella necessità di assicurare il contraddittorio con il privato in ordine all'esistenza dei presupposti di fatto e di diritto che giustificano la pronuncia stessa.

Ne consegue che, ad avviso del Collegio, il primo motivo è fondato, non avendo il Comune di Pescara mai assunto alcun provvedimento di decadenza del titolo edilizio, essendo, anzi, tale questione stata eccepita per la prima volta in sede di memoria di costituzione nel giudizio di primo grado, peraltro nemmeno notificata alla controparte, sebbene ampliativa del thema decidendum su circostanze di fatto non contemplate nel ricorso introduttivo (che invece aveva ad oggetto un provvedimento di diniego di variante al permesso di costruire). Quanto all'unica motivazione di tale provvedimento (qualifica di variante essenziale del progetto presentato), appaiono fondate le argomentazioni esposte in primo grado dall'appellante e riproposte in questa sede, trattandosi di modifiche "riduttive" al progetto originario (Prestige ha rinunciato a due unità immobiliari), laddove la semplice "variazione della sagoma dell'edificio si appalesa del tutto inidonea a ... fondare la qualificazione di variante come ... essenziale" (cfr. Cons. St., sez. V, 30 luglio 2002, n. 4081; Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5552).

Non può non trascurarsi, del resto, che, come fondatamente rilevato dall'appellante, nella specie la legge regionale abruzzese n. 52/1989 (art. 5) non include il concetto di "sagoma" nel novero delle modifiche che determinano variazioni essenziali al progetto, così come non vi include tutte quelle variazioni, come quelle di cui al caso di specie, che finiscono per ridurre i parametri edificatori originariamente assentiti al fine di alleggerire il carico volumetrico dell'edificio e diminuire il rischio di dissesti del terreno. Trattandosi, pertanto, di documentata diminuzione dell'impatto urbanistico rispetto al progetto originario il titolo richiesto deve qualificarsi come variante non essenziale (cfr. Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2010, n. 3670; id., sez. V, 30 luglio 2002, n. 4081 e 18 ottobre 2001, n. 5496, secondo la quale "costituisce variante essenziale del progetto edilizio l'aumento della cubatura e non già la sua diminuzione").

Tanto premesso, rimane da esaminare il mezzo di gravame con cui la società ha riproposto la domanda risarcitoria articolata in primo grado.

Circa la consistenza dell'onere probatorio che incombe sulla parte che propone domanda di risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo, nonché in ordine alla natura giuridica ed agli elementi costitutivi della responsabilità dell'amministrazione per la lesione di interessi

procedimentali, incluso il ritardo nell'attivazione e conclusione del procedimento amministrativo, il Collegio non intende decampare dai principi elaborati dalla giurisprudenza di questo Consiglio, cui si rinvia (cfr. ex plurimis e da ultimo, Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cons. Stato, ad. plen., 19 aprile 2013, n. 7; sez. V, 12 giugno 2012, n. 1441; sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974; sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957; sez. III, 30 maggio 2012, n. 3245; sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739; sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271; Cons. giust. amm., 24 ottobre 2011, n. 684; sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291), in forza dei quali:

a) nel giudizio risarcitorio che si svolge davanti al giudice amministrativo, nel rispetto del principio generale sancito dal combinato disposto degli artt. 2697 c.c. (secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda) e 63, co. 1 e 64, co. 1, c.p.a. (secondo cui l'onere della prova grava sulle parti che devono fornire i relativi elementi di fatto di cui hanno la piena disponibilità), non può avere ingresso il c.d. metodo acquisitivo tipico del processo impugnatorio; pertanto, il ricorrente che chiede il risarcimento del danno da cattivo (o omesso) esercizio della funzione pubblica, deve fornire la prova dei fatti base costitutivi della domanda;

b) la qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extra contrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedurali, salvo quanto si dirà in prosieguo in ordine alla norma sancita dall'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990 (secondo cui le pubbliche amministrazioni e i soggetti equiparati sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento);

c) la prova dell'esistenza del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale a sua volta presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che è configurabile (oltre che nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilità di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.;

d) i doveri di solidarietà sociale che traggono fondamento dall'art. 2 Cost., impongono di valutare complessivamente la condotta tenuta dalle parti private nei confronti della p.a. in funzione dell'obbligo di prevenire o attenuare quanto più possibile le conseguenze negative scaturenti dall'esercizio della funzione pubblica o da condotte ad essa ricollegabili in via immediata e diretta; questo vaglio ridonda anche in relazione all'individuazione, in concreto, dei presupposti per l'esercizio dell'azione risarcitoria, onde evitare che situazioni pregiudizievoli prevenibili o evitabili con l'esercizio della normale diligenza si scarichino in modo improprio sulla collettività in generale e sulla finanza pubblica in particolare;

e) la norma sancita dall'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990 richiama (ed è sussumibile nello) schema fondamentale dell'art. 2043 c.c.; tale norma riconosce che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e rafforza la tutela risarcitoria nei confronti dei ritardi della p.a., stabilendo che le p.a. siano tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento; si riconosce che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica; in questa prospettiva ogni

incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. «rischio amministrativo» e, quindi, spetta il risarcimento del danno da ritardo a condizione ovviamente che tale danno sussista, sia ingiusto (ovvero incida su un interesse materiale sottostante), venga provato e sia escluso che vi sia stato il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c.;

f) conseguentemente, in relazione ai danni da mancato tempestivo esercizio dell'attività amministrativa, spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del pregiudizio, specie perché ha natura patrimoniale, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo in quanto surroga l'onere di allegazione dei fatti; e se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici per fornire la prova dell'esistenza del danno e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise e, quando il soggetto onerato di tale allegazione non vi adempie, non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno a norma dell'art. 1226 c.c. perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito, né può essere invocata una consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato.

Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie, è sufficiente osservare che la società ricorrente non ha soddisfatto l'onere di allegare adeguati e puntuali elementi di fatto idonei a sostenere quantomeno la prova presuntiva in ordine alla esistenza del danno e, tantomeno, ne ha provato l'entità, essendosi limitata ad indicare “stimati” maggiori costi di costruzione e ipotetici utili di impresa, senza fornire adeguata documentazione e dimostrazione.

Sulla scorta delle rassegnate conclusioni l'appello deve essere parzialmente accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il provvedimento di diniego impugnato in primo grado deve essere annullato, mentre si deve respingere la domanda risarcitoria riproposta in appello dalla società. Stante la complessità delle questioni dibattute e la parziale soccombenza, sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE