

Pubblicato il 09/01/2020

N. 00006/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00092/2011 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso ricorso numero di registro generale 92 del 2011, proposto da

Fallimento L.M.C. di Cosso Domenico e C. S.a.s., in persona del curatore *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Bormioli, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, p.zza Dante 9/14;

contro

Comune di Giustenice, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mauro Vallerga, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Martin Piaggio 17;

nei confronti

Eredi di Farinazzo Delio, collettivamente ed impersonalmente, nonché Farinazzo Elisa, non costituiti in giudizio

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Fist S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Bormioli e Paolo Bormioli, con domicilio digitale eletto presso il loro studio in Genova, piazza Dante 9/14;

per la condanna

ai sensi dell'art. 30 c.p.a., nonché degli artt. 1218 e 2043 c.c., del Comune di Giustenice al risarcimento di tutti i danni subiti da parte ricorrente a seguito:

- dell'illegittimo annullamento d'ufficio del Piano di lottizzazione denominato "Rio Veggiu" e delle concessioni edilizie rilasciate in attuazione di detto piano, assunto con ordinanza sindacale 30 luglio 1992, n. 11/92, e dell'illegittima sospensione dei lavori disposta con ordinanze n. 3 del 26.2.1992, n. 6 del 10.4.1992 e n. 7 del 11.6.1992;
- dell'illegittima ordinanza n. 13 del 28.10.2005, con la quale il Sindaco ha ordinato il rifacimento e la messa in sicurezza della tombinatura su Rio Veggiu.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Giustenice;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2019 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, co. 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione 25 maggio 1982 n. 170, il Consiglio comunale di Giustenice ha approvato un piano di lottizzazione (ed il relativo

schema di convenzione) per la realizzazione di un intervento di edilizia residenziale, in località San Lorenzo. La convenzione tra il Comune e la lottizzante "Rio Veggiu di Farinazzo Delio e C. s.a.s.", stipulata il 20/07/1983, prevedeva la realizzazione di due corpi di fabbrica.

In data 9/8/1983 è stata rilasciata dal Comune di Giustenice la concessione edilizia n. 70/1 per l'esecuzione delle opere: in particolare, il progetto prevedeva la costruzione, alle spalle dell'agglomerato storico urbano, di un complesso immobiliare, denominato Condominio "Gli Ulivi", costituito da due corpi di fabbrica, rispettivamente, il "Corpo Basso", un caseggiato composto da quattro piani di appartamenti fuori terra, di un piano terreno e di uno seminterrato, e il "Corpo Alto", separato dal precedente e posto ad un livello superiore.

Con successiva deliberazione del Consiglio comunale 26/10/1985 n. 60 è stata approvata una variante al predetto piano di lottizzazione, per la realizzazione, in aggiunta alle volumetrie già approvate, di ulteriori 1.963,5 mc. a destinazione residenziale, oltre ad un locale ristorante e un piano interrato. A ciò è seguita, il 9 luglio 1986, la stipula della conforme convenzione.

In data 31/10/85, il Comune ha rilasciato alla Società "Rio Veggiu" le concessioni edilizie 90/6 del 30/05/85 e 91/6 del 21/08/85 relative alla variante al piano di lottizzazione.

Nel 1987 i lavori sono stati sospesi e successivamente la Società lottizzante è stata dichiarata fallita.

Con provvedimento del Giudice delegato al fallimento del 12/09/89, gli immobili sono stati trasferiti in proprietà alla società L.M.C. di Cosso Domenico e C. s.a.s. (d'ora in poi LMC).

L.M.C., quindi, ha ottenuto il rinnovo e la voltura delle precedenti concessioni edilizie, cui sono seguite le ulteriori concessioni in variante n. 6/119 del 17/07/90 e n. 6/121 del 5/10/90.

A seguito di un esposto ricevuto dalla Provincia e comunicato al Comune, con ordinanza 26/02/1992, n. 3, il Sindaco del Comune di Giustenice ha ordinato la sospensione dei lavori; a tale provvedimento hanno fatto seguito le ordinanze 10/04/1992 n. 6 e 11/06/1992 n. 7, con le quali l'ordine di sospensione dei lavori è stato rinnovato con riferimento a una parte soltanto dei volumi in contestazione (piano ristorante, piano seminterrato e parte del primo). Le suddette ordinanze non sono state impugnate da L.M.C.

Con provvedimento 30/07/1992 n. 11, il Sindaco del Comune di Giustenice ha, poi, annullato integralmente il piano di lottizzazione, con il conseguente annullamento di tutte le concessioni edilizie rilasciate in attuazione al primo.

In data 24/10/92, L.M.C. ha proposto ricorso, innanzi all'intestato TAR, per ottenere l'annullamento del provvedimento sindacale n. 11/92, senza, d'altronde, formulare istanza di sospensione cautelare.

Il ricorso era fondato su vari motivi, sostanziali e formali, compreso un asserito vizio di incompetenza dell'organo emanante il provvedimento.

Con deliberazione n. 12 del 26/05/94, il Consiglio comunale di Giustenice ha adottato un piano particolareggiato di iniziativa privata, presentato da LMC, finalizzato al superamento delle contestate irregolarità urbanistico-edilizie. In data 16/09/94, però, il Comitato Regionale di Controllo sugli atti amministrativi ha annullato la delibera consiliare.

In data 14/02/1995, L.M.C. ha presentato al Comune di Giustenice domanda di condono edilizio ai sensi dell'art. 39, 1. n. 724 del 1994: in particolare, sono state presentate n. 68 istanze per tutte le unità immobiliari del Corpo Basso e n. 6 per quelle del Corpo Alto, al fine di superare l'annullamento d'ufficio delle concessioni edilizie.

La Società ha versato, quindi, diverse somme a titolo di oblazione e di anticipo del contributo di concessione.

In data 20/03/1997, L.M.C., dopo aver offerto al Comune polizza fideiussoria per Lire 169.254.150 a garanzia delle opere di urbanizzazione previste, ha stipulato con l'Ente l'atto di impegno imposto dal Comune per pervenire alla sanatoria.

In data 27/03/97 il Comune di Giustenice ha rilasciato a L.M.C. la concessione edilizia in sanatoria n. 17/97, relativa esclusivamente alle unità immobiliari costituenti l'edificio "Corpo Basso".

Con sentenza n. 24 del 2/02/1998, l'intestato TAR, in accoglimento del ricorso presentato da L.M.C., ha annullato il provvedimento sindacale n. 11/92, ritenendo fondato ed assorbente il primo motivo di ricorso con il quale era stata dedotta la carenza di potere del Sindaco ad adottare tale atto, essendo la relativa competenza riservata al Consiglio comunale. In conseguenza, sono stati ritenuti illegittimi i provvedimenti di annullamento delle concessioni edilizie nonché le sopra citate ordinanze di sospensione dei lavori.

In data 22/07/1998, il Tribunale di Savona ha dichiarato il fallimento di L.M.C.

Nel marzo 1999, il Comune di Giustenice ha proposto appello avverso la sentenza emessa dall'intestato TAR.

In data 4/04/2000 il Curatore fallimentare di L.M.C., con lettera prot. n. 2020 del 3/06/2000, ha richiesto al Comune il rilascio della concessione edilizia in sanatoria relativa al c.d. "Corpo Alto".

In data 28/10/2005, con ordinanza contingibile ed urgente n. 13, il Sindaco ha ordinato al Fallimento Rio Veggiu di Farinazzo Delio & C. s.a.s. e al Fallimento L.M.C. di eseguire lavori urgenti di ripristino della tombinatura di smaltimento delle acque del Rio Veggiu.

Il Fallimento L.M.C. ha dato esecuzione all'ordinanza sindacale, sopportando il costo di Euro 205.526,84, senza impugnare la stessa.

In data 20/08/2008, il Consiglio di Stato ha emesso la sentenza n. 3984/2008, con la quale è stato respinto l'appello, confermando la sentenza di annullamento per incompetenza del Sindaco, pronunciata dall'intestato TAR.

Il Fallimento L.M.C., quindi, in data 9/04/2009, ha richiesto al Comune di Giustenice il risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza degli atti comunali annullati dal Giudice Amministrativo. Il Comune, nel riscontrare la richiesta risarcitoria, l'ha ritenuta irricevibile.

Con lettera del 17/09/2010, il Fallimento L.M.C. ha proceduto a chiedere al Comune anche il rimborso, a titolo di risarcimento danni, degli oneri sostenuti per ripristinare la tombinatura su Rio Veggiu, stante la ritenuta illegittimità dell'ordinanza sindacale n. 13/05. Anche tale richiesta è stata respinta dal Comune.

Con ricorso depositato in data 20.1.2011, il Fallimento L.M.C. ha lamentato che la società fallita, a seguito dell'ordinanza sindacale da ultimo richiamata, ma anche e soprattutto dei provvedimenti con cui il Sindaco del Comune di Giustenice dapprima ha sospeso i lavori di realizzazione del complesso immobiliare in parola e poi ha annullato

in via di autotutela il Piano di lottizzazione e le conseguenti concessioni edilizie, si è trovata costretta a:

- sospendere i lavori dal febbraio 1992 per il “Corpo Alto”, realizzato solo nella struttura;
- presentare, per il “Corpo Basso”, già sostanzialmente ultimato e commerciabile nel 1992, istanza di sanatoria ex art. 39, 1. n. 724 del 1994, potendo così stipulare i primi compromessi di vendita delle unità immobiliari solo a decorrere dal 1995 e giungendo al perfezionamento dei primi atti di vendita solo dal marzo 1997, peraltro per meno della metà delle unità immobiliari del “Corpo Basso”, a seguito dell’ottenimento della concessione in sanatoria;
- sostenere notevoli costi per conservare e mettere in sicurezza le opere, per elaborare il piano particolareggiato di iniziativa privata poi cassato dal Co.re.Co., con contestuale acquisto di nuove aree da asservire, e, successivamente, per presentare ed ottenere istanza di condono edilizio del comprensorio.

Pertanto, il Fallimento ricorrente ha chiesto la condanna del Comune di Giustenice al risarcimento dei danni subiti ex art. 30 c.p.a. nonché ex artt. 1218 e/o 2043 c.c. deducendo i seguenti motivi:

1. responsabilità del Comune di Giustenice ex artt. 1218 e 2043 c.c. per aver annullato illegittimamente il piano di lottizzazione e le concessioni edilizie conseguenti relative al Comprensorio immobiliare Gli Ulivi: secondo parte ricorrente, sussisterebbero tutti i presupposti per affermare la responsabilità del Comune di Giustenice per i danni subiti dal Fallimento a causa dei provvedimenti di sospensione dei lavori e di annullamento del piano di lottizzazione, da un lato, e dei relativi permessi a costruire, dall’altro; a tal fine, quindi, parte ricorrente ha chiesto la condanna

dell'Ente al pagamento di Euro 3.376.378,31, di cui € 1.854.133,78 a titolo di danno emergente ed € 1.522.244,53 a titolo di lucro cessante, o di quello maggiore o minore che risulti dovuto in corso di giudizio; eventualmente anche ai sensi dell'art. 1226 c.c., e con rivalutazione ed interessi dal fatto illecito fino al soddisfo;

2. responsabilità del Comune di Giustenice ex artt. 1218 e 2043 c.c. per l'illegittima assunzione dell'ordinanza n. 13 del 28/10/2005 con la quale il Sindaco ha ordinato il rifacimento e la messa in sicurezza della tombinatura su Rio Veggiu.: secondo parte ricorrente, anche l'ordinanza n. 13/2005 sarebbe illegittima e avrebbe prodotto un danno ingiusto al Fallimento medesimo, il quale ha chiesto la condanna dell'Ente resistente al pagamento di Euro 205.526,84 o della somma maggiore o minore che risultasse dovuta in corso di giudizio; eventualmente anche ai sensi dell'art. 1226 c.c., con rivalutazione ed interessi dal fatto illecito fino al soddisfo.

Si è costituito in giudizio il Comune di Giustenice contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone comunque il rigetto.

Le parti hanno depositato memorie difensive.

All'esito dell'udienza del 27.3.2019 è stata disposta la chiamata in causa di Farinazzo Delio, in qualità di socio illimitatamente responsabile della società Rio Veggiu di Farinazzo Delio e C. S.a.s., quale originaria firmataria della convenzione urbanistica approvata in D.C.C. n. 170/1982 e dante causa della Società L.M.C. di Cosso Domenico, indicata dal Comune al fine di ottenere la condanna del predetto terzo a tenere indenne l'Ente resistente da ogni pretesa nei suoi confronti avanzata dal Fallimento della Società L.M.C..

Nonostante la regolarità della notifica, effettuata in data 13.5.2019 collettivamente ed impersonalmente presso l'ultimo domicilio del soggetto suindicato, deceduto in data 14.8.2018, nessuno si è costituito in giudizio per esso.

Con atto depositato in data 22.10.2019 è intervenuta in giudizio, ex art 111 c.p.c., la società Fist srl, quale cessionaria dell'intero attivo fallimentare dei beni mobili e immobili, dei crediti...e dei diritti tutti suscettibili di valutazione economica ricadenti nell'attivo fallimentare...ivi compreso il credito derivante dall'azione giudiziale promossa nei confronti del Comune di Giustenice innanzi il TAR Liguria per il risarcimento dei danni tutti subiti dalla Società Fallita a seguito dell'annullamento delle concessioni edilizie a suo tempo rilasciate>>.

La predetta società, quindi, ha chiesto che il Fallimento fosse estromesso dal processo e ha insistito per l'accoglimento del ricorso. All'udienza del 20.11.2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Premessa.

Si impone preliminarmente un inquadramento in ordine alla "natura" della responsabilità della P.A. da "provvedimento illegittimo", e ciò in quanto le parti, nelle loro articolate difese, hanno sollevato tale questione, dalla cui soluzione, ovviamente, discendono una serie di rilevanti conseguenze con riferimento alla disciplina applicabile al caso di specie.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa sembra ancora propendere per la "soluzione aquiliana", senza peraltro, a tal fine, distinguere tra fattispecie aventi ad oggetto

interessi oppositivi e fattispecie concernenti interessi pretensivi (si veda tra le ultime, C. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4857).

Secondo altro orientamento, si può dire, “minoritario”, invece, <<in tema di diritto al risarcimento del danno da lesione di un interesse legittimo, viene in rilievo una specifica relazione tra p.a. e cittadino, preventiva rispetto al fatto o atto produttivo di danno e perciò distinta dalla pura e semplice responsabilità extracontrattuale; tale relazione, che ha assunto la denominazione di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto", implica da parte della p.a. il corretto sviluppo dell'iter procedimentale non solo secondo le regole generali di diligenza, prudenza e perizia, ma anche e soprattutto di quelle specifiche del procedimento amministrativo, sulla base delle quali avviene la legittima emanazione del provvedimento finale>> (in questo senso, tra le altre, C. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467).

Infine, secondo un ulteriore orientamento che trova sempre maggiori consensi in giurisprudenza, la responsabilità della P.A. avrebbe caratteristiche “*sui generis*” (*ex plurimis*, C. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n.1047), non riconducibili, in modo puro e semplice, ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile: da un lato, infatti, dovendo l'amministrazione, nell'adozione di un provvedimento, osservare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione, l'esercizio del potere autoritativo non è assimilabile alla condotta del mero *quisque de populo* che cagiona danni ad altro soggetto in violazione del generale dovere del *neminem laedere*; dall'altro lato, rispetto alla responsabilità contrattuale, diverse sono le posizioni soggettive che si confrontano, per un verso un dovere di

prestazione (o di protezione) e un diritto di credito, per altro verso il potere pubblico e l'interesse legittimo (in tal senso, T.A.R. Puglia, sez. dist. Lecce, sez. I, 13/08/2019, n. 1426).

D'altronde, generalmente, pur a fronte di questa affermazione di principio, le decisioni che hanno affermato la natura "*sui generis*" della responsabilità della P.A., in sede applicativa hanno finito poi per appiattirsi, senza una specifica motivazione, sulla disciplina sostanziale e processuale della responsabilità aquiliana, richiedendo cioè la dimostrazione in giudizio di "tutti gli elementi costitutivi dell'illecito", ovvero "elemento oggettivo, elemento soggettivo (la "colpevolezza" o "rimproverabilità"), il nesso di causalità materiale o strutturale, il danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo (c.d. danno evento)", in particolare con riferimento all'onere probatorio, in capo al danneggiato, della dimostrazione della "colpa grave" da parte della P.A.

E' opinione del Collegio che la tesi della natura "speciale" o "*sui generis*" della responsabilità "provvedimentale" della P.A. sia corretta, ma necessiti di un'ulteriore precisazione rispetto a quanto sopra ricordato.

In particolare, la P.A., ogni volta che agisce autoritativamente, incidendo sulla sfera giuridica dei privati, al fine di perseguire l'interesse pubblico cui è preordinato il potere ad essa attribuito dalla legge, deve rispettare una puntuale disciplina sostanziale e procedimentale a tutela non solo dell'interesse pubblico medesimo, ma, anche e soprattutto, dei soggetti privati la cui sfera giuridica venga in vario modo attinta dagli effetti dell'attività provvedimentale medesima.

L'esistenza di questi obblighi procedurali, d'altronde, se, da un lato, non consente una perfetta sussunzione della fattispecie nella responsabilità di natura aquiliana, perché essi impongono un rapporto "strumentale" con il privato interessato dal provvedimento dell'Amministrazione, dall'altro lato, non può ritenersi sufficiente a fondare, *sic et simpliciter*, un'ipotesi di responsabilità da "contatto sociale", ciò in quanto, da un lato, con riferimento alla "responsabilità da provvedimento illegittimo", la tutela non viene accordata al mero interesse legittimo "procedimentale", ma a quello sostanziale; dall'altro lato, in quanto non considera l'evidente differenza che corre, sotto il profilo della posizione del danneggiato, tra il titolare di un interesse legittimo pretensivo, e il titolare di un interesse legittimo oppositivo.

Nel primo caso, che coincide – in linea di massima - con le fattispecie di "procedimento ad istanza di parte", l'azione della P.A. trae origine sostanzialmente dalla esigenza di tutela di un interesse privato, in senso ampliativo della relativa sfera giuridica (fattispecie comprensiva, però, anche dei casi di azione doverosa da parte della P.A. a "difesa" della stessa, nel caso che la legge la ponga comunque a carico della P.A.): il perseguimento dell'interesse pubblico, dunque, si pone "a valle" della richiesta del privato (o del verificarsi dei presupposti di legge per l'intervento *ex officio* dell'amministrazione a "difesa") e il bilanciamento è volto a valutare se e come l'interesse di quest'ultimo sia o meno "compatibile" con l'interesse pubblico perseguito dalla P.A.

Proprio perché, in tal caso, il procedimento amministrativo, di fatto, è "azionato" (o va obbligatoriamente avviato d'ufficio) al fine di eventualmente soddisfare un interesse privato individuato dal

soggetto richiedente (o, nei casi predetti, dalla legge), non può negarsi l'instaurazione di una relazione giuridicamente rilevante e tale da integrare un'ipotesi di responsabilità "paracontrattuale", ai sensi dell'art. 1173, n. 3 c.c.

Dall'accoglimento di tale soluzione interpretativa deriva, logicamente, che la disciplina applicabile non può essere quella della responsabilità aquiliana, ma, in quanto compatibile, quella di cui all'art. 1218 c.c.

Laddove, invece, vengano in esame interessi di natura oppositiva, che sono correlati a provvedimenti incidenti *ab externo* su un soggetto vantante, sostanzialmente, un interesse alla non adozione dei provvedimenti medesimi, è evidente l'analogia con la responsabilità aquiliana, gli obblighi procedurali venendo esclusivamente a "irrigidire" l'azione amministrativa senza con questo mutare la sostanziale estraneità del provvedimento amministrativo rispetto all'interesse "positivo" vantato dal soggetto attinto dagli effetti negativi del provvedimento.

In caso di interesse oppositivo, l'estraneità dell'interesse pubblico rispetto all'interesse "positivo" del privato, conseguente alla contrarietà tra gli stessi (laddove l'interesse pretensivo e quello pubblico si rapportano secondo un criterio di tendenziale conformità), induce ad applicare, seppure in via analogica, la disciplina della responsabilità aquiliana.

In questo senso, il fatto che l'art. 30 c.p.a., faccia espresso riferimento ad istituti tipici della responsabilità extracontrattuale, come l'art. 2058 c.c. in materia di risarcimento del danno in forma specifica, non dimostra che in ogni caso la responsabilità della P.A. debba intendersi aquiliana, al contrario il richiamo risultando

opportuno proprio per la natura “analogica” della responsabilità che solo in parte (per i soli interessi oppositivi cioè) può essere ricondotta all’ipotesi aquiliana.

In conclusione, quindi, occorre esaminare di volta in volta se oggetto della controversia siano interessi pretensivi od oppositivi, nel primo caso dovendosi applicare, in via analogica, la disciplina “contrattuale” (in senso improprio) di cui al combinato disposto degli artt. 1173, n. 3 e 1218 c.c., nel secondo caso dovendosi applicare, in via analogica, la disciplina di cui agli artt. 2043 e ss. c.c.

Premesso quanto sopra, tra le questioni oggetto di contestazione tra le parti vi è anche quella relativa alla natura dell’interesse legittimo vantato dal Fallimento ricorrente.

Secondo parte resistente, infatti, l’interesse vantato da parte ricorrente ha natura non “oppositiva”, ma, sostanzialmente, “pretensiva”, perché fondato non su una situazione giuridica attiva “originaria”, ma meramente derivata dagli atti “ampliativi” (il piano di lottizzazione e relativi titoli edilizi) emessi dal Comune medesimo.

La lesione di un interesse legittimo di tipo oppositivo consiste nel <<pregiudizio asseritamente subito in conseguenza dell’illegittima compressione delle facoltà di cui il privato cittadino era già titolare>> (C. Stato, sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261): l’interesse, pertanto, si ricollega ad un’attività della P.A. con la quale quest’ultima impone al privato una limitazione delle sue preesistenti facoltà, con conseguente compressione delle situazioni giuridiche attive di cui lo stesso è già titolare.

Nello specifico, la controversia, tanto con riferimento ai danni conseguenti all’adozione dei provvedimenti adottati dal Comune nel

1992, quanto con riguardo ai pregiudizi conseguiti al provvedimento adottato nel 2005, ha ad oggetto interessi di natura “oppositiva”.

E' indubbio, infatti, che sia i provvedimenti di sospensione adottati dal Sindaco nel 1992, sia l'ordinanza contingibile ed urgente emessa nel 2005, attraverso i relativi effetti, rispettivamente, impeditivi e impositivi, hanno determinato la “compressione” della sfera giuridica di L.M.C. prima, e del relativo Fallimento dopo, in tal modo ledendo l'interesse dei predetti soggetti a non vedere illegittimamente incisa la loro sfera di facoltà e diritti (tra cui quello di proprietà e iniziativa economica).

Per quanto riguarda, poi, il provvedimento di annullamento d'ufficio, si tratta di fattispecie, manifestazione di un potere pubblico discrezionale, in funzione di autotutela, che nella giurisprudenza “ante Cass., Sez. Un. 500/99” integrava un'ipotesi di c.d. “diritti fievoli “*ab origine*”, propria di chi, essendo stato destinatario di un atto amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica veniva in un secondo momento privato dalla P.A. con un atto di secondo grado.

In tal caso, la giurisprudenza ha ritenuto di natura sostanzialmente oppositiva l'interesse del privato valorizzando l'autonomia della situazione sorta per effetto dell'atto ampliativo medesimo (si veda Cass., Sez. Un., 19 marzo 1997, n. 2436).

Pertanto, dovendosi qualificare in termini di interesse oppositivo la situazione giuridica azionata da parte ricorrente, si deve applicare “analogicamente” la disciplina della responsabilità aquiliana, sicché occorre la positiva verifica di tutti gli elementi che caratterizzano l'illecito: l'illegittimità del provvedimento causativo del danno, la sussistenza della colpa o del dolo della P.A., la lesione di un interesse

tutelato dall'ordinamento, il nesso causale che colleghi la condotta commissiva o omissiva della P.A all'evento dannoso, la sussistenza dei pregiudizi subiti e il nesso che li lega all'evento dannoso (sul punto, tra le tante, C. Stato sez. II, 20/05/2019, n. 3217, C. Stato, sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1815; C. Stato, sez. V, 30 giugno 2009, n. 4237).

2. Nel merito: in ordine alla domanda di risarcimento del danno relativa ai provvedimenti emessi nel 1992.

2.1.1 In via preliminare: in ordine all'eccezione di prescrizione.

Parte resistente ha eccepito che, per quanto concerne la domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'asserita illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio e delle ordinanze di sospensione, il diritto vantato da parte ricorrente sarebbe prescritto.

In particolare il Comune di Giustenice ha sostenuto che:

- sebbene a seguito della sentenza di annullamento emessa dall'intestato TAR il Fallimento (dal febbraio 1998) L.M.C. fosse ritornato nella piena "disponibilità" tanto del piano di lottizzazione quanto dei titoli edilizi al primo connessi, dal 1998 al 2009 nessuna richiesta risarcitoria era stata formulata;
- trattandosi di fattispecie anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010, ai sensi dell'art. 2947 c.c., il termine di prescrizione decorrerebbe dal momento della commissione del fatto dannoso.

Secondo parte ricorrente, al contrario, da un lato, il Comune, non avendo mai sollevato in sede stragiudiziale l'eccezione di prescrizione, limitandosi a confutare nel merito la richiesta risarcitoria formulata dal Fallimento con missiva del 9.4.2009, avrebbe rinunciato ad avvalersi dell'eccezione medesima; dall'altro lato, al momento dell'adozione del provvedimento amministrativo

impugnato, nel 1992, e anche al momento dell'emissione della sentenza da parte dell'intestato TAR vigeva il principio della "pregiudiziale amministrativa", sicché presupposto per l'azione di risarcimento era il previo annullamento del provvedimento impugnato e la prescrizione non poteva decorrere fintantoché il giudizio di annullamento non fosse concluso.

In primo luogo, va rammentato che <<perché sussista rinuncia tacita alla prescrizione è necessaria un'incompatibilità tra il comportamento del debitore e la volontà del medesimo di avvalersi della causa estintiva del diritto altrui: occorre cioè che nel comportamento del debitore sia insita l'inequivoca volontà di rinunciare alla prescrizione già maturata e, quindi, di considerare tuttora esistente ed azionabile quel diritto che si era estinto>> (Cass. civ., sez. II, 15 luglio 2002, n. 10235).

Nel caso di specie, l'aver il Comune, in via stragiudiziale, respinto la richiesta risarcitoria avanzata dal ricorrente unicamente per ragioni "di merito", non vale ad escludere in modo univoco la volontà dell'Ente di avvalersi dell'eccezione medesima.

Pertanto, la contro eccezione sollevata da parte ricorrente deve essere respinta.

E' pacifico che alla fattispecie in esame non sia applicabile il regime decadenziale previsto dall'art. 30 c.p.a. stante il carattere chiaramente innovativo della norma.

Prima dell'introduzione di quest'ultima si affermava che l'azione risarcitoria soggiacesse al termine di prescrizione.

Nello specifico, si confrontavano, in giurisprudenza, sostanzialmente due tesi:

- secondo una parte della giurisprudenza il *dies a quo* avrebbe dovuto essere individuato nella pubblicazione della sentenza esecutiva di annullamento (in questo senso, TAR Marche, sez. I, 16 maggio 2006, n. 321);
- secondo altra parte della giurisprudenza, invece, il termine prescrizione sarebbe iniziato a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

Entrambe le posizioni, d'altronde, si fondavano sulla “necessaria pregiudizialità” dell'azione impugnatoria rispetto a quella risarcitoria: infatti, fino al 2006 l'orientamento pressoché univoco in giurisprudenza, era nel senso di ritenere tale circostanza quale necessario presupposto di ammissibilità e/o accoglimento del ricorso: in questo senso, pertanto, per la decorrenza del termine prescrizione, ai sensi dell'art. 2935 c.c. era richiesta una dichiarazione giudiziale di illegittimità del provvedimento causativo del danno (in tal senso, si veda, nella giurisdizione ordinaria, Cass., Sez. Un. 21 luglio 1999, n. 483).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 9 febbraio 2006, affermava che condizione necessaria per la domanda di risarcimento è la pronuncia che riconosce l'illegittimità di provvedimenti dalla cui esecuzione sorgono i danni lamentati e che, in caso di atti autoritativi, l'azione di risarcitoria può essere esperita “solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento”, sicché il decorso del periodo di prescrizione può avere inizio, solo dal passaggio in giudicato della decisione del giudice amministrativo (non avendo rilievo il mero carattere esecutivo della sentenza di primo grado).

Anche la Corte di Cassazione nel periodo in questione (prima, cioè, del 2006) si è più volte pronunciata nel senso che “rispetto al diritto al risarcimento del danno derivato dall’esecuzione di provvedimenti illegittimi della pubblica amministrazione”, la domanda di annullamento di tali atti determina l’interruzione della prescrizione, fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza che definisce quel giudizio (in questo senso, *ex plurimis*, Cass., 14 luglio 2004, n. 13065).

Solo a partire dalle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006, n. 13911, nell’ambito della sola giurisdizione ordinaria, peraltro, si è venuta a confutare la pregiudiziale amministrativa, escludendone la necessità ai fini dell’ammissibilità e/o accoglimento dell’azione risarcitoria, in tal modo affermando che la sentenza di annullamento (anche solo esecutiva e non passata in giudicato) non costituisce più presupposto imprescindibile affinché il diritto al risarcimento possa essere fatto valere ai sensi dell’art. 2935 c.c.

Nella giurisprudenza amministrativa, per contro, la necessaria pregiudizialità dell’azione impugnatoria ha continuato ad essere affermata come elemento necessario per integrare l’ingiustizia del danno (si veda C. Stato, A. P., 22 ottobre 2007, n. 12).

A seguito dell’introduzione dell’art. 30 c.p.a., con la sentenza n. 3 del 2011, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla portata anche temporale dei principi sottesi alla nuova norma, affermando che sia il principio dell’assenza <<di una stretta pregiudiziale processuale>>, sia quello <<dell’operatività di una connessione sostanziale di tipo causale tra rimedio impugnatorio e

azione risarcitoria>> erano <<ricavabili anche dal quadro normativo vigente prima dell'entrata in vigore del codice>>.

Con riferimento alla prescrizione, il concetto espresso dall'Adunanza plenaria si è tradotto in un indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il termine quinquennale, anche per le fattispecie esauritesi prima dell'entrata in vigore dell'art. 30 c.p.a., <<deve farsi decorrere non dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che annulla l'atto lesivo, bensì dalla data del fatto illecito, coincidente con quella di adozione dell'atto illegittimo. In quest'ottica, infatti, poiché l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo non costituisce un requisito di ammissibilità della domanda risarcitoria, il *dies a quo* per l'esercizio del diritto deve essere individuato nel momento in cui, con l'adozione dell'atto lesivo, il danno si è effettivamente verificato>> (in questo senso, C. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 900, C. Stato, sez. V, maggio 2014, n. 2610, C. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 1166).

Il Collegio non ritiene di condividere tale orientamento, peraltro non univoco.

Infatti, in senso contrario, è stato affermato anche di recente che <<ove la fonte di responsabilità aquiliana della p.a. si sia perfezionata prima dell'entrata in vigore del nuovo c.p.a. deve trovare applicazione la disciplina previgente, con la conseguenza che all'azione risarcitoria da illegittimo esercizio della funzione amministrativa proposta in via autonoma dopo l'annullamento degli atti amministrativi, si applica il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947, comma 1, c.c. In tali ipotesi il momento iniziale del decorso del termine quinquennale dell'azione di risarcimento va individuato nella data del passaggio in giudicato della decisione di

annullamento del giudice amministrativo>> (si vedano, C. Stato, sez. III, 01/03/2018, n.1277, C. Stato, sez. IV, 13/10/2017 n. 4752; C. Stato, 18/1/2017 n. 190; C. stato, sez. IV, 30/01/2017, n. 361).

Ed invero, in primo luogo, occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 2, dell'Allegato 3 al c.p.a., <<per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice, continuano a trovare applicazione le norme previgenti>>.

Il C. Stato, A. P., 6 luglio 2015 n. 6, nel precisare ulteriormente la portata innovativa dell'art. 30 ha anche fatto riferimento <<al regime prescrizioneale quinquennale, ex art. 2947 c.c., operante in epoca precedente, a parere di un pacifico indirizzo interpretativo>>.

L'interpretazione giurisprudenziale, in tal senso, reiterata in modo pressoché univoco in un arco di tempo più che decennale, fino al 2006, parallelamente a quella relativa alla c.d. “pregiudiziale amministrativa”, ha “innervato” l'ordinamento, nel senso che il combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c., con riferimento al risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo, non poteva che contemplare un *dies a quo* della prescrizione coincidente con il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

Un radicale mutamento di tale interpretazione effettuato *ex post*, finirebbe per determinare un vero e proprio, nonché radicale, “*prospective overruling*” non ammissibile nel caso di specie, in considerazione della natura di vero e proprio “diritto vivente” dell'interpretazione suddetta (si veda al riguardo, C. Stato, Ad. Plen., 27/02/2019, n. 4), e comunque si porrebbe in violazione del principio di conservazione dei valori giuridici (si veda C. Cost., n. 29 del 2019), del principio di ragionevolezza ed uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e del principio di certezza giuridica ex art. 6 CEDU.

Laddove proprio si volesse individuare un termine iniziale comunque anteriore alla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato (anno 2008), non si potrebbe retrocedere a prima del 2006, in coincidenza, cioè, del *revirement* giurisprudenziale (ancorchè parziale, cioè della sola Cassazione): in tal caso, d'altronde, il termine quinquennale non sarebbe decorso, atteso che, come sopra rammentato, nel 2009 parte ricorrente ha inviato al Comune un atto stragiudiziale interruttivo della prescrizione.

In considerazione di quanto sopra detto, nel caso in esame, la prescrizione non può ritenersi intervenuta.

Tale conclusione, in ogni caso, è necessitata anche per un'altra ed assorbente ragione.

Come precisato anche da C. Stato A. P. n. 2 del 2006, sopra citata, se l'interruzione della prescrizione è avvenuta mediante un atto che dà inizio ad un giudizio o con una domanda proposta nel corso di un giudizio, il nuovo periodo di prescrizione non decorre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio ex art. 2945, comma 2, c.c..

Al riguardo, la domanda di annullamento dell'atto proposta al giudice amministrativo - nell'assetto normativo anteriore alla legge 21 luglio 2000, n. 205, che ha concentrato presso tale giudice la tutela risarcitoria con la demolitoria - esprime la volontà del danneggiato di reagire all'azione autoritativa illegittima e, quindi, interrompe per tutta la durata del processo amministrativo il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria, successivamente esercitata.

Ne consegue che - anche ove volesse ritenersi che il diritto risarcitorio avrebbe potuto farsi valere (ai sensi dell'art. 2935 c.c.) fin dall'adozione del provvedimento lesivo (ritenuto poi illegittimo e

causativo di danno) - la proposizione dell'azione impugnatoria avrebbe comportato l'interruzione della prescrizione fino alla definizione del giudizio, avvenuta nel 2008: la conseguenza sarebbe dunque la medesima, e cioè l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione, tenuto conto che nel 2009 è intervenuto un nuovo atto interruttivo.

Poiché il diritto al risarcimento in realtà è meramente “conseguenziale” e si sostanzia in una forma di tutela e non in un diritto autonomo rispetto a quello leso, l'azione risarcitoria si traduce in un mero “*continuum*” di tutela della medesima posizione giuridica, rispetto all'azione impugnatoria precedentemente esperita, di talché il termine prescrizione quinquennale può dirsi aver ricominciato a decorrere solo dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

In definitiva, l'eccezione di prescrizione deve essere respinta.

2.1.2. Sull'illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio; sulla rilevanza dei provvedimenti di sospensione dei lavori.

Il provvedimento n. 11 del 30.7.1992, con il quale, a distanza di dieci anni dall'approvazione del Piano di lottizzazione, il Sindaco del Comune resistente ha annullato l'intero piano predetto, e le conseguenti concessioni edilizie, è stato annullato dall'intestato TAR con sentenza (citata nella parte in fatto che precede) confermata dal Consiglio di Stato (con pronuncia anch'essa più sopra citata).

Tale provvedimento è intervenuto dopo che, con ordinanza, non impugnata, di sospensione n. 3 del 26/02/1992, il Comune aveva genericamente sospeso l'esecuzione dei lavori relativi a tutte le concessioni edilizie rilasciate; con ordinanza n. 6 del 10/04/1992, il Sindaco aveva, peraltro, revocato il precedente provvedimento e

sospeso solo parzialmente i lavori, poi rinnovando tale sospensione con ordinanza n. 7 del 11/06/1992. Nelle ordinanze 6 e 7 che precedono l'amministrazione aveva sottolineato che <<non tutti i volumi realizzati dall'impresa L.M.C. debbono ritenersi abusivi, ma soltanto quella parte sì eccedente la volumetria assentita col Piano di lottizzazione 26.10.1985>> e che, dunque, <<la sospensione non possa essere comminata a quelle parti di edifici regolarmente autorizzati e realizzati in conformità al titolo abilitativo, senza esporre l'Amministrazione comunale ad una possibile azione risarcitoria da parte del titolare della concessione edilizia>>.

Ciò nonostante, il Sindaco ha inteso annullare l'intero piano di lottizzazione e relative concessioni edilizie, dando conto del fatto che:

- da un esame degli elaborati emerge un errato calcolo della volumetria realizzata, di tal che i piani definiti seminterrati destinati rispettivamente a "Ristorante (piano 2° da quota piazza); ad alloggi (piano 3° da quota piazza); parte del piano 4° dalla quota piazza destinata ad alloggi, devono considerarsi abusivi perché, pur con destinazione abitativa, non vengono ricompresi nel calcolo del volume edificato;
- la parte lottizzante ha ricompreso nel calcolo volumetrico l'indice edificatorio (1 mc/mq) anche delle aree "F" destinate ad interesse pubblico, e quindi prive di indice volumetrico;
- il maggior volume così realizzato comporterebbe conseguenze negative anche sull'intero intervento edilizio per le violazioni degli standards di zona relativi ad altezza e numero dei piani, per il pesante e maggiore insediamento abitativo con dannose conseguenze per le strutture-servizi del Comune di Giustenice;

- l'Amministrazione Comunale tutela il pubblico interesse al corretto sviluppo edilizio sul proprio territorio, specie in rapporto alle contestuali crescenti necessità di servizi.

Le sentenze del TAR e del Consiglio di Stato hanno accertato l'illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela, sotto l'assorbente profilo del vizio di incompetenza dell'organo adottante il provvedimento medesimo, ovvero il Sindaco, essendo competente il Consiglio Comunale.

Peraltro, sia dalla lettura del provvedimento in questione, sia dalla motivazione delle predette sentenze emesse dal TAR e dal Consiglio di Stato, emerge come il provvedimento in esame fosse altresì affetto da ulteriori vizi di legittimità.

In primo luogo, infatti, il provvedimento risulta viziato da eccesso di potere per contraddittorietà ed insufficienza della motivazione in quanto, da un lato, nelle premesse dello stesso era stato indicato che solo parte dei volumi realizzati o in corso di realizzazione erano "viziati", mentre il provvedimento di annullamento concerne l'intero piano di lottizzazione e tutti i titoli edilizi conseguenti, senza che il Sindaco abbia argomentato in modo puntuale e specifico in ordine all'impossibilità di annullamento parziale, essendo meramente generico il riferimento alle "violazioni degli standards di zona relativi ad altezza e numero dei piani".

Si ricorda, al proposito, il principio in forza del quale, <<è illegittimo l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio se il Comune non ha dedicato alcun passaggio motivazionale alla possibilità, non implausibile, di annullare soltanto parzialmente i titoli edilizi rilasciati al fine di contemperare le contrapposte esigenze recando il minore

sacrificio possibile alla posizione giuridica del privato>> (c. Stato, sez. IV, 07/09/2018, n. 5277).

Sotto altro profilo, poi, il provvedimento risulta viziato da eccesso di potere per omessa motivazione in punto bilanciamento dell'interesse pubblico: si rammenta, infatti, il principio per cui <<la rimozione d'ufficio di un atto favorevole esige un'articolata esplicitazione delle ragioni di interesse generale che impongono l'eliminazione dell'atto invalido, attraverso la chiara esemplificazione degli effetti concreti che si assumono contrastanti con i valori tutelati dall'ordine legale infranto, per come si atteggiavano nello specifico contesto empirico e non per come astrattamente considerati dalla disciplina normativa>> (C. Stato, sez. VI, 25/01/2019, n. 631).

E' principio consolidato, del resto, quello secondo il quale deve ritenersi <<illegittimo, per carenza di motivazione, l'annullamento di ufficio di una concessione edilizia ove non siano esternate le ragioni di pubblico interesse specifico, concreto e attuale, non potendo il mero riferimento al ripristino della legalità supplire alla rigorosa ponderazione degli interessi pubblici e privati presenti nella singola fattispecie>> (C. Stato, sez. V, 09 luglio 1990, n. 594).

Inoltre, la valutazione del requisito del pubblico interesse attuale è indispensabile allorché il ripristino della legalità venga ad incidere su situazioni consolidate dal trascorrere di un rilevante intervallo di tempo intercorso tra l'atto iniziato e quello adottato in sede di autotutela e non anche quando l'annullamento abbia impatto su situazioni non consolidate (C. Stato, sez. V, 15 gennaio 1990, n. 35).

Nel caso di specie, nonostante il lasso di tempo decennale intercorso tra l'approvazione del piano di lottizzazione e il provvedimento di annullamento, periodo nel quale l'Amministrazione ha anche

provveduto ad attribuire a più riprese titoli edificatori anche in variante, il Sindaco si è limitato a ravvisare l'interesse pubblico all'adozione del provvedimento di autotutela nell'esigenza "di corretto sviluppo edilizio sul territorio, specie in rapporto alle contestuali crescenti necessità di servizi".

Oltre alla evidente genericità della motivazione in punto interesse, al riguardo, in nessun "passo" della motivazione risulta essere stato valutato il legittimo affidamento maturato da L.M.C. in relazione ai dieci anni trascorsi dall'approvazione del piano, né risulta essere stato effettuato un adeguato bilanciamento fra gli interessi pubblici e quelli privati coinvolti.

Al riguardo, nella decisione di rigetto dell'appello del Comune, il Consiglio di Stato stesso ha evidenziato la sussistenza di un consolidato legittimo affidamento di L.M.C. in ordine alla stabilità del titolo edilizio rilasciato dieci anni prima, ostativo all'annullamento. In particolare il Giudice d'appello ha precisato che <<il decorso di un significativo lasso temporale, di oltre dieci anni, dall'adozione degli atti ritirati in sede di autotutela e la conseguente consolidazione del legittimo affidamento in ordine alla relativa stabilità impediscono di accedere alla tesi svolta dall'appellante in merito alla doverosità della statuizione gravata in prime cure>>.

L'ulteriore precisazione, contenuta nel provvedimento impugnato, per cui <<il maggior volume così realizzato avrebbe negativa conseguenza anche sull'intero intervento edilizio per le violazioni degli standards di zona relativi ad altezza e numero dei piani, per il pesante e maggiore insediamento abitativo con dannose conseguenze per le strutture-servizi del Comune di Giustenice>>, è comunque generica non specificando in che modo e per quali ragioni il maggior

volume determinerebbe conseguenze dannose per le strutture-servizi del Comune di Giustenice, quali sarebbero queste conseguenze dannose e quali le strutture-servizi indicate.

Deve pertanto rilevarsi l'illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio in questione non solo per il già accertato vizio di incompetenza, ma anche in ordine ai suoi contenuti.

Con riferimento ai provvedimenti di sospensione, non tempestivamente impugnati da parte ricorrente, come si avrà modo di rilevare anche nel prosieguo, deve ritenersi che una valutazione in ordine alla illegittimità degli stessi, a fini risarcitori, sia priva di interesse, poiché gli eventuali effetti pregiudizievoli (in termini di impossibilità di prosecuzione dei lavori) per L.M.C., in considerazione del breve lasso di tempo intercorso tra l'adozione degli stessi e del successivo atto di annullamento d'ufficio, si può dire siano stati completamente assorbiti dall'effetto retroattivo di quest'ultimo, fungendo essi da mero "antecedente connesso" al provvedimento in autotutela, privi, quindi, di una reale autonomia lesiva.

2.1.3. Sulla spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo vantato da parte ricorrente. Nesso di causalità "materiale".

In via generale, in conseguenza della natura "sostanziale" e non meramente "procedimentale" dell'interesse legittimo, il relativo risarcimento del danno può essere accordato solo se l'attività della pubblica amministrazione abbia effettivamente determinato la lesione del bene della vita al quale l'interesse legittimo effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento (in tal senso, C. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2019, n. 137).

Oggetto di esame, al momento, è la c.d. “causalità materiale”, di cui al combinato disposto degli artt. 1223 e 1227, primo comma, c.c. applicabili anche alle fattispecie “aquiliane”, nesso che lega la condotta illecita al danno ingiusto, inteso come lesione di una situazione giuridica tutelata dall’ordinamento.

Se, da un lato, nel caso di specie, non si ravvisano fatti o atti imputabili a parte ricorrente che abbiano concorso causalmente all’adozione del provvedimento illegittimo posto in essere dal Sindaco del Comune di Giustenice, dall’altro lato, è necessario verificare attraverso un giudizio prognostico se, a seguito del legittimo agire dell’Amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente spettato al titolare dell’interesse.

La posizione sostanziale protetta, che ha subito una illegittima intromissione dei pubblici poteri diretta ad ostacolare le facoltà dominicali, attiene ad una delle principali estrinsecazioni del diritto di proprietà, che è lo *ius aedificandi*.

L.M.C. è stata sostanzialmente privata dell’efficacia dei titoli edilizi abilitanti l’esercizio dell’attività edificatoria sulla propria area e tale privazione discende unicamente dall’illegittimo atto di annullamento d’ufficio n. 11/92.

In assenza del provvedimento di annullamento in autotutela, L.M.C. avrebbe avuto la possibilità di concludere le opere come progettate, di metterle in vendita nei tempi ipotizzati e senza il sostenimento di ulteriori costi non necessari.

In tal senso, quindi, il nesso eziologico fra il provvedimento illegittimo di annullamento del piano di lottizzazione e delle concessioni edilizie e la lesione dei diritti ed interessi di L.M.C. deve ritenersi provato.

Il Comune resistente, d'altronde, ha eccepito che, nel caso di specie, parte ricorrente non avrebbe dimostrato l'effettiva e definitiva spettanza del "bene della vita" e che, anzi, dagli atti emergerebbero i plurimi vizi che rendevano illegittimo il piano di lottizzazione a suo tempo approvato, così giustificando una eventuale riedizione dell'annullamento d'ufficio emendato dal vizio formale censurato dal Tar e dal Consiglio di Stato nelle due pronunce ricordate.

Anche sotto questo specifico profilo è rilevante la distinzione tra interesse oppositivo e interesse pretensivo.

Secondo un più risalente orientamento, nel caso di procedimenti amministrativi coinvolgenti interessi di tipo oppositivo, la lesione dell'interesse implica *ex se* la lesione del bene della vita preesistente al provvedimento affetto da vizi di illegittimità, sicché l'accertamento della circostanza che la P.A. ha agito *non iure*, di per se stesso implica la consolidazione di un danno ingiusto nella sfera giuridica del privato (in questo senso, C. Stato, sez. V, n. 4237 del 2009).

Tale orientamento è stato ribadito da altre pronunce del Consiglio di Stato, secondo cui «la tutela risarcitoria degli interessi oppositivi è sempre ammessa in presenza di un atto amministrativo illegittimo che abbia compresso la posizione di vantaggio del privato, non essendo necessaria una prognosi sull'esito favorevole delle aspettative dell'interessato, in quanto il collegamento con il bene della vita si è già consolidato in virtù di un precedente provvedimento, e tanto basta a pretendere la riparazione delle conseguenze patrimoniali sfavorevoli dell'illegittimità dell'azione amministrativa, anche in ipotesi di successivo (legittimo) riesercizio del potere amministrativo sempre in senso sfavorevole al privato»>>

(C. Stato, sez. V, 28/02/2013, n. 1220; C. Stato, sez. V, 23/01/2012, n. 265).

Per contro, altro orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che il giudice del risarcimento del danno deve poter formulare un giudizio di definitiva spettanza della posizione soggettiva di cui è già titolare colui che invoca la protezione risarcitoria, sicché, nel caso di interessi oppositivi, occorre verificare che, annullato l'atto lesivo adottato dall'amministrazione, la stessa non possa legittimamente riproporlo in termini parimenti pregiudizievoli, in sede di riesercizio del potere (in questo senso, C. Stato, 12 marzo 2004, n. 1261; Cass., sez. I, 29 gennaio 2010, n. 2122; C. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2187). In quest'ultimo senso, si pone anche C. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2019, n. 840, citata da parte resistente nel presente giudizio (C. Stato, sez. IV, 16 giugno 2018, n. 3657 e C. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, diversamente, riguardano ipotesi di lesione di interessi pretensivi).

E' opinione del Collegio che, seppure non possa affermarsi una spettanza "*in re ipsa*" del bene della vita, in caso di lesione di interesse oppositivo, d'altronde, ponendosi quest'ultimo nella "dimensione dell'essere" e non del "poter essere", per avere riguardo ad una situazione giuridica attiva effettiva preesistente, si determina una presunzione di lesione sostanziale con inversione dell'onere della prova a carico della P.A. resistente. E' quest'ultima, cioè, che deve dimostrare, secondo il criterio del più probabile che non, che, sulla scorta di elementi specifici contenuti nel provvedimento annullato e in atti e comportamenti anteriori e successivi della P.A., il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe stato sostanzialmente differente da quello emesso e annullato.

Ciò premesso, rileva, ai fini del giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo leso, sia la natura, formale o sostanziale, dei vizi che affliggono il provvedimento, sia la natura, discrezionale o vincolata, del potere alla base del provvedimento medesimo.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, il risarcimento del danno potrebbe essere accordato solo in caso di illegittimità "sostanziale", dovendo al contrario essere negato quando il vizio accertato attenga unicamente al procedimento di formazione del provvedimento, conservando l'Amministrazione intatto il potere di rinnovare il procedimento eliminando il vizio riscontrato (C. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 252).

In questo senso, si è anche affermato che «l'annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi tralatiziamente definiti formali, quali il difetto di istruttoria o di motivazione, in quanto non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente, infatti, di accogliere la domanda finalizzata al risarcimento del danno. Mentre la caducazione dell'atto per vizi sostanziali vincola l'Amministrazione ad attenersi, nella successiva attività, alle statuizioni del giudice, l'annullamento fondato su profili formali non elimina né riduce il potere della stessa di provvedere in ordine allo stesso oggetto dell'atto annullato e lascia ampio il potere in merito dell'Amministrazione, con il solo limite negativo di riesercizio nelle stesse caratterizzazioni di cui si è accertata l'illegittimità, sicché non può ritenersi condizionata o determinata in positivo la decisione finale» (C. Stato, sez. IV, 9 aprile 2019, n. 2304).

E' opinione del Collegio che, in primo luogo, rilevi la natura vincolata o discrezionale del provvedimento: nel primo caso, è evidente che, non essendovi margini di discrezionalità, la sussistenza di meri vizi formali, laddove l'azione della P.A. sia sostanzialmente corretta, pur a fronte dell'illegittimità del provvedimento, non sarà possibile accordare alcun risarcimento.

Per converso, in un caso, come quello in esame, nel quale viene in gioco un provvedimento discrezionale che richiede, però, all'Amministrazione un rilevante impegno motivazionale quanto più l'esercizio del potere di secondo grado venga ad incidere su una situazione giuridica consolidata da un lungo lasso di tempo, viene in rilievo non solo e non tanto la fondatezza "sostanziale" delle ragioni addotte dalla P.A., ma anche l'adeguatezza della motivazione rispetto al corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

In questo senso, quand'anche le ragioni del Comune in ordine ai vizi lamentati fossero corrette, in ogni caso, era onere dell'Ente dimostrare in giudizio, attraverso l'allegazione e prova di elementi particolarmente significativi sotto il profilo prognostico, che, secondo il principio del più probabile che non, in caso di riedizione del potere l'organo competente (il Consiglio Comunale) avrebbe adottato un provvedimento legittimo, senza mutare il contenuto di quello annullato.

Sul punto, l'evidenza delle ragioni di interesse pubblico e del concreto bilanciamento di questo con l'interesse e l'affidamento privato, idonei a fondare un legittimo provvedimento di annullamento d'ufficio, non possono essere enucleati per la prima volta esclusivamente in sede di memorie difensive nel giudizio risarcitorio, specie se questo viene instaurato a distanza di anni, e a

seguito di un giudizio impugnatorio durato sedici anni, nonché, tenuto conto del fatto che competente alla riedizione del provvedimento è (ed era) il Consiglio comunale, organo di matrice “politica”, la cui composizione viene a mutare fisiologicamente nel corso del tempo.

Occorre, cioè, che delle suddette ragioni ed argomenti vi sia evidenza tra gli atti precedenti o successivi a quello impugnato, posti in essere dall’Organo competente.

Nel caso di specie, non parte resistente non ha assolto l’onere probatorio sulla stessa incombente: infatti, rispetto ai plurimi vizi di motivazione di cui si è dato conto più sopra, il Comune resistente non ha fornito una prova specifica ed idonea a dimostrare, che, e su quali basi argomentative, il Consiglio comunale avrebbe confermato l’impossibilità di procedere all’annullamento parziale e avrebbe ritenuto prevalente l’interesse pubblico all’annullamento totale del Piano rispetto all’interesse privato, nonostante i dieci anni decorsi dall’approvazione del piano e nonostante le plurime concessioni edilizie l’interesse pubblico.

Per converso, un elemento presuntivo *a contrario*, è invece desumibile dal fatto che pur alla luce del ricorso al TAR e nonostante la apparentemente semplice rieditabilità del provvedimento da parte del Consiglio Comunale, anche dopo la pronuncia di appello, quest’ultimo non ha mai provveduto ad adottare un nuovo provvedimento, emendato dai vizi formali rilevati dal giudice, così da superare, in ogni caso, le criticità lamentate da L.M.C.

Pertanto, deve ritenersi provato sia l’elemento oggettivo dell’ingiustizia del danno che il nesso di causalità materiale.

2.1.3. La colpa della P.A.

Perché il danno sia “ingiusto”, nell’ambito della responsabilità aquiliana, occorre, altresì, sotto il profilo soggettivo, che l’attività illegittima dell’amministrazione pubblica sia anche, colpevole (*ex plurimis*, C.G.A., sez. giurisd., 13/02/2019, n.112; T.A.R. Campania, sez. V, 01/08/2019, n. 4231).

Poiché, come detto, nel caso di specie si versa in un’ipotesi di responsabilità “analogicamente aquiliana”, deve essere dimostrata la colpa della P.A. resistente.

La colpa della pubblica amministrazione viene individuata nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero in negligenze, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell’interesse giuridicamente protetto di colui che instaura un rapporto con l’amministrazione (C. Stato, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4020; C. Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882, C. Stato, sez. V, 31 luglio 2019, n. 5415).

In via generale, peraltro, la riscontrata illegittimità dell’atto rappresenta, nella normalità dei casi, un elemento idoneo a presumere la colpa della P.A, spettando poi a quest’ultima l’onere di provare il contrario. In particolare, “l’acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo integra, ai sensi degli artt. 2727 c.c. e 2729 c.c., il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa della P.A” (C. Stato, sez.VI, 19 marzo 2019, n. 1815).

La presunzione di colpa dell’amministrazione può essere riconosciuta solo nelle ipotesi di violazioni commesse in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo, giuridico e fattuale tale da palesarne la negligenza e l’imperizia, cioè

l'aver agito intenzionalmente o in spregio alle regole di correttezza, imparzialità e buona fede nell'assunzione del provvedimento viziato, mentre deve essere negata la responsabilità quando l'indagine conduce al riconoscimento di un errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per la incertezza del quadro normativo di riferimento, per la complessità della situazione di fatto (C. Stato sez. VI, 19/03/2019, n.1815, C. Stato, sez. III, 15/7/2011, n. 4333; Id., sez. V, 14/09/2012, n. 4894; Id., sez. IV 7 gennaio 2013, n. 23).

Ne deriva che il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile in considerazione dell'assenza o dell'oscurità o della sovrabbondanza della normativa in materia, del repentino mutamento della stessa, dell'assenza di orientamenti giurisprudenziali univoci o della speciale complessità della questione (*ex plurimis*, C. Stato, sez. IV, 27 agosto 2019, n. 5907 C. Stato, sez. VI, 19/03/2019, n. 1815).

Alla luce di quanto sopra, sta al Comune resistente dimostrare l'assenza di colpa.

Secondo la P.A. resistente, tale elemento soggettivo sarebbe insussistente in quanto l'unico vizio che affliggeva il provvedimento era il difetto di competenza, vizio non "evidente", tenuto conto del fatto che la promulgazione della l. n. 241 del 1990 era avvenuta solo un anno prima dell'adozione del provvedimento medesimo; sotto altro profilo, parte resistente ha eccepito che il Comune non avrebbe avuto modo di annullare parzialmente un Piano particolareggiato; infine, non sarebbe possibile applicare il principio dell'affidamento, in quanto i vizi degli asservimenti erano stati già contestati nel 1987.

Per quanto concerne il vizio di incompetenza, non risulta essere stata violata esclusivamente la normativa di cui alla l. n. 142 del 1990, ma, ancor prima, un principio ben più datato e che avrebbe dovuto essere ben noto all'Organo adottante il provvedimento: quello del c.d. "*contrarius actus*", per cui un provvedimento di secondo grado in autotutela deve essere adottato, salva diversa previsione normativa, dallo stesso organo che ha adottato il provvedimento di primo grado. In tal senso, <<in base al principio del "*contrarius actus*" l'annullamento o la revoca di un atto devono di regola essere disposti dallo stesso organo che lo ha emanato. Tale principio trova applicazione anche quando l'organo abbia agito in base a delega>> (T.A.R. Campania, 29/07/1980, n. 511).

Parimenti, il Sindaco non poteva non sapere che avrebbe dovuto adeguatamente motivare in ordine all'impossibilità di annullamento anche solo parziale del piano, così come non avrebbe potuto e dovuto ignorare di adeguatamente argomentare in ordine al bilanciamento degli interessi pubblici con l'interesse privato e l'affidamento vantato da L.M.C.

Al riguardo, il fatto che nel 1987 fossero state paventate eventuali difformità edilizie/urbanistiche non fa venir meno il fatto che, comunque, il piano di lottizzazione e i conseguenti titoli edilizi, ancorché poi parzialmente modificati, fossero stati emessi già a partire dal 1982, per essere annullati solo dieci anni dopo circa.

Si deve, in tal senso, ritenere dimostrata, a carico del Comune, una grave negligenza e imperizia nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

Ne consegue la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito in capo all'Amministrazione.

2.1.4. In punto danno-conseguenza.

Con riferimento ai c.d. danni conseguenza, alla luce della ricostruzione della natura della responsabilità sopra svolta, trovano applicazione i criteri di cui all'art. 2056 c.c., e, quindi, in particolare, l'art. 1223 c.c., (recante il principio di integrale riparazione del danno, lucro cessante e danno emergente), il principio della *compensatio lucri cum damno* (per cui occorre tener conto anche degli effetti vantaggiosi eventualmente ottenuti a seguito del provvedimento illegittimo), della quantificazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., laddove non sia possibile determinare in modo compiuto l'ammontare dei pregiudizi subiti, e l'art. 1227, comma 2 c.c., in punto causalità giuridica e concorso colposo del danneggiato.

Parte ricorrente, in ordine ai concreti pregiudizi subiti ha dedotto di aver dovuto:

- sostenere spese per elaborare un piano particolareggiato;
- sostenere spese per l'acquisto di aree da asservire;
- sostenere spese per presentare un'istanza di condono edilizio "totale";
- aspettare sino al marzo 1997 per perfezionare le vendite relative agli appartamenti del Corpo Basso e solo per la metà delle unità immobiliari in questione e, quindi, sostenere gli oneri conseguenti "all'immobilizzo dell'investimento" e gli oneri derivanti dal ritardo con cui la Società ha percepito gli utili conseguenti alla commercializzazione delle unità immobiliari, nonché subire i danni derivanti dalla riduzione del valore commerciale dell'immobile e subire i danni derivanti dal prolungamento delle spese generali di gestione dell'operazione.

Al riguardo, più analiticamente, parte ricorrente ha quantificato come segue i predetti pregiudizi:

a) danno emergente:

- costi sostenuti per l'acquisto dei terreni aggiuntivi da asservire alla lottizzazione per la presentazione del piano particolareggiato £ 19.500.000;

- costi per l'affidamento di incarichi professionali per la redazione di tale piano £ 24.666.000;

- costi sostenuti per il condono edilizio: a titolo di oblazione: £ 359.633.910; a titolo di contributi concessori: £ 121.308.250; spese sostenute per la presentazione della polizza fideiussoria di 169.254.150 e per il suo mantenimento: £ 3.680.600; nonché costi per i relativi incarichi professionali per la redazione delle pratiche di condono: £ 9.230.200;

- maggiori oneri finanziari dovuti all'esposizione debitoria della Società verso il sistema bancario:

i) periodo dal 26/02/1992 alla presentazione dell'istanza di condono, 10/02/1995: in totale £ 1.078.921.485;

ii) periodo dal 10/02/1995 al rilascio della sanatoria, 27/03/1997: in totale £ 881.643.771;

iii) dal 27/03/1997 alla presentazione dell'istanza di concordato preventivo 27/12/1997: in totale £ 175.479.083;

parte ricorrente ha, al riguardo, precisato che <<il calcolo tiene conto del tasso di interesse passivo medio applicato dalle banche sull'esposizione finanziaria della Società ed i relativi oneri vengono quantificati determinando la variabile "capitale" sulla base dell'ammontare dell'investimento via via crescente per effetto dei lavori eseguiti sugli immobili>>;

- oneri finanziari, imposte ICI e spese condominiali gravanti sul Fallimento L.M.C. dalla data della dichiarazione -23/07/1998- alla

decisione definitiva del Consiglio di Stato -20/08/2008- che ha consentito al Giudice delegato di autorizzare la vendita del residuo patrimonio ed in particolare:

€ 199.504,53 per interessi maturati sui crediti ipotecari;

€ 64.044,03 per imposte ICI;

€ 101.090,84 per spese condominiali;

in totale € 364.639,40;

- prolungamento improduttivo delle spese generali -stimabili nel 6% del valore delle opere realizzate- di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica dell'iniziativa; secondo parte ricorrente, la sospensione dal 1992 al 1995 dei lavori ha determinato quanto meno un raddoppio delle spese generali prevedibili per la durata -1985-1992- dell'operazione, pari a £ 210.000.000;

b) lucro cessante:

- perdita di quota di utile nel periodo di sospensione della commerciabilità dell'immobile 1992-1995 per effetto della contrazione dei valori immobiliari commerciali: per un totale di £ 1.447.476.405;

- danni derivanti dal ritardo con cui L.M.C. ha potuto percepire l'utile derivante dalla vendita delle unità immobiliari: secondo parte ricorrente, poiché il valore di mercato di queste ultima al 1992 era pari a £ 8.688.500.000, e poiché, in assenza dei provvedimenti illegittimi in parola, la Società avrebbe potuto iniziare a vendere tali unità già dal 1992, si sarebbe determinato un ritardo di cinque anni nella percezione dell'utile con conseguente danno pari a non meno di £ 1.500.000.000.

Parte resistente, oltre a contestare la debenza delle singole voci di danno dedotte, ha eccepito l'interruzione del nesso di causalità

giuridica, ex art. 1227, comma 2, c.c., non avendo L.M.C., da un lato, tempestivamente impugnato i provvedimenti di sospensione indicati in epigrafe e più sopra citati, dall'altro lato, richiesto al TAR la sospensione del provvedimento di annullamento d'ufficio.

Al riguardo, l'art. 30 c.p.a, nel disciplinare l'"autonomia temperata" dell'azione risarcitoria rispetto al rimedio impugnatorio, prevede che, nello stabilire il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con pronuncia 23 marzo 2011, n. 3, ha chiarito che l'art. 30, pur non richiamando in modo esplicito l'art. 1227, comma 2, c.c. ne costituisce una sua sostanziale applicazione, nel senso che l'omessa attivazione di strumenti di tutela è comportamento da valutare secondo il principio di buona fede e solidarietà ai fini della eventuale esclusione o mitigazione del danno evitabile.

Secondo l'Adunanza Plenaria, in particolare, la connessione di tipo causale tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria era già ricavabile attraverso una interpretazione evolutiva del capoverso dell'art. 1227 c.c. (C. Stato, sez. V, 1 dicembre 2014, n. 5917).

In via astratta, l'art. 30 c.p.a. e l'art. 1227, 2° comma c.c., consentono di valorizzare la sussistenza di obblighi di cooperazione sia negativi (di astensione dal tenere comportamenti aggravativi del danno) sia positivi (volti ad evitare o ridurre il danno) a carico del creditore, sempre nei limiti del c.d. apprezzabile sacrificio.

Anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno, laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica, che le condotte attive trascurate avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno.

Nel caso di specie, peraltro, con riferimento al provvedimento di annullamento d'ufficio non viene in esame la questione della mera mancata impugnazione del provvedimento, perché, come detto, tale onere è stato assolto, ma il problema della mancata richiesta da parte di L.M.C. al TAR di adozione di misura cautelare sospensiva degli effetti dell'annullamento d'ufficio.

Se, in via astratta, la mancata tempestiva proposizione di rimedi cautelari può assumere rilevanza sotto il profilo della causalità giuridica, occorre, d'altronde, procedere con un rigoroso esame della fattispecie concreta, per valutare sia la misura della diligenza esigibile, in considerazione delle circostanze di fatto e delle condizioni soggettive della parte, sia l'utilità pratica effettiva che tale rimedio avrebbe potuto spiegare rispetto agli interessi di parte ricorrente (C. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751), accertando altresì che, secondo il principio del più probabile che non, il Giudice, se richiesto, avrebbe accordato il rimedio processuale cautelare.

Iniziando da quest'ultimo aspetto, parte resistente, sulla quale incombeva l'onere di dimostrare la fondatezza dell'eccezione, ex art. 2967 c.c., non ha dimostrato il probabile accoglimento dell'istanza di sospensiva, posto peraltro che l'intestato Tar avrebbe ben potuto ritenere, in via cautelare, prevalente l'interesse del Comune rispetto a

quello dell'impresa, quest'ultimo essendo tutelabile proprio attraverso il risarcimento del danno per equivalente.

Peraltro, va ricordato anche l'insegnamento di C. Stato, sez. VI, 09/06/2008, n. 2751, secondo il quale <<la mancata presentazione della istanza cautelare non rileva né ai fini di escludere o limitare il c.d. rapporto di causalità materiale, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., né ai fini di limitare i danni risarcibili ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.>> e ciò in quanto <<non può essere certo che una volta chiesta la misura cautelare, che è mezzo di difesa ricompreso nella sua assoluta disponibilità, questa ... verrà concessa>> e <<anche l'eventuale accoglimento del merito non garantisce che la misura cautelare, ove diligentemente proposta, sarebbe stata accolta>>. Infatti, ad opinare diversamente, <<vi sarebbe il concreto pericolo di dare la stura ad un uso indiscriminato e distorto dell'istanza cautelare, eventualmente presentata pur nella consapevolezza dell'insussistenza dei requisiti, unicamente al fine di mettersi al riparo del rischio di vedersi addebitati danni che si sarebbero potuti evitare con la proposizione della detta istanza>>.

Sotto altro profilo, parte resistente non ha nemmeno dimostrato che l'adozione di una misura cautelare avrebbe evitato o mitigato il danno.

In senso contrario, del resto, milita un argomento indicato da parte ricorrente: poiché l'opera edilizia in contestazione era destinata alla commercializzazione, solo il definitivo annullamento/superamento dell'atto di autotutela avrebbe consentito di porre utilmente le unità immobiliari sul mercato, l'esistenza di un provvedimento di annullamento di tutti i titoli legittimanti, ancorché sospeso negli

effetti, essendo idonea a determinare un effetto dissuasivo sui potenziali acquirenti.

Per contro emerge dagli atti il comportamento diligente di parte ricorrente che, per cercare di non aggravare il rischio, ha, non solo proceduto al condono edilizio, ma anche tentato una “sanatoria urbanistica” non andata a buon fine.

Al riguardo, il fatto che a seguito della sentenza di annullamento, emessa nel 1998 dal TAR, i titoli edilizi siano tornati nella “disponibilità di L.M.C., è irrilevante se solo si tiene conto, da un lato, del fatto che poco dopo la predetta decisione L.M.C. è stata dichiarata fallita, e dall’altro lato che il Comune ha ritenuto anche di appellare la sentenza del TAR, così mantenendo ancora “*sub iudice*” la questione della legittimità del provvedimento.

Nello stesso senso, peraltro, deve ritenersi giustificata, e non integrante alcuna forma di rinuncia implicita da parte del Fallimento, la richiesta presentata da quest’ultimo di concessione in sanatoria anche degli immobili relativi al c.d. “Corpo Alto”, perché, nell’incertezza sulle sorti del giudizio, in attesa della sentenza del Consiglio di Stato, un provvedimento positivo avrebbe potenzialmente consentito di mettere in vendita anche quegli immobili al fine, anche, di ridurre l’esposizione risarcitoria del Comune.

Sotto altro profilo, infine, non può non rilevare, anche nel bilanciamento dei comportamenti tenuti dalle parti, come già evidenziato, l’indifferenza manifestata dall’amministrazione, che avrebbe potuto rimeditare il proprio operato e rimuovere in sede di autotutela l’atto poi considerato illegittimo dal T.a.r.

Per quanto concerne, poi, i provvedimenti di sospensione adottati dal Sindaco poco prima dell'annullamento d'ufficio contestato, come detto, la mancata impugnazione degli stessi non ha di fatto concorso a determinare alcun effetto riduttivo o escludente la risarcibilità dei pregiudizi lamentati, l'effettivo lesivo degli stessi essendo stato di fatto "assorbito" dagli effetti generali e retroattivi dell'annullamento d'ufficio che ha reso di fatto incommerciabili gli immobili e non completabile l'opera.

In tal senso, i pregiudizi lamentati da parte ricorrente e connessi alla sospensione dei lavori, laddove dimostrati anche sotto il profilo del nesso di causalità giuridica, devono comunque ritenersi conseguenza del provvedimento di annullamento d'ufficio, i provvedimenti di sospensione ponendosi, *quoad effectum*, come meri atti "prodromici".

In merito, poi, all'eccezione secondo la quale il Fallimento, non avendo contestato le istanze di condono, avrebbe così riconosciuto la loro fondatezza sostanziale, la stessa non risulta fondata, sia in considerazione della non univocità del comportamento tenuto dal Fallimento nel senso indicato dal Comune resistente, sia perché il Fallimento non aveva interesse a rinunciare alle istanze di condono edilizio in quanto comunque potenzialmente utili per le vendite degli immobili.

Venendo, ora ai singoli danni, occorre procedere ad idonea attività istruttoria, sulla quale si dirà in seguito, al fine di accertare e liquidare gli specifici pregiudizi lamentati da parte ricorrente, la congruità degli stessi, e il nesso di causa tra essi e il provvedimento illegittimo.

Va precisato, al riguardo, che, per quanto concerne, l'acquisto dei terreni, il costo dell'esborso in mancanza del provvedimento di annullamento non avrebbe dovuto essere sostenuto; d'altronde,

occorre considerare che tale acquisto ha comportato anche l'ottenimento di un cespite immobiliare in capo a L.M.C.: in tal caso, quindi, sarà necessario valutare se ed in che misura è prospettabile un'ipotesi di *compensatio lucri cum damno*.

In merito, invece, agli oneri di urbanizzazione, va precisato che quella esperita da parte ricorrente, non è una domanda di "restituzione" come eccepito dal Comune resistente, ma un'azione di risarcimento del danno per avere L.M.C. dovuto sostenere degli oneri che non avrebbe dovuto sostenere con conseguente infondatezza sia dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva, essendo responsabile il solo Comune di Giustenice, sia dell'eccezione di prescrizione sollevata da parte resistente.

2.1.5. Sulla chiamata del terzo da parte del Comune.

Come accennato, parte resistente ha dedotto che Farinazzo Delio, quale socio illimitatamente responsabile della Società Rio Veggiu di Farinazzo Delio e C. s.a.s., originaria firmataria della convenzione urbanistica approvata con D.C.C. n. 170/1982, nonché dante causa di L.M.C., sarebbe responsabile, quantomeno a titolo di concorso, quale privato-promotore, dell'approvazione del Piano particolareggiato e, quindi, del relativo annullamento d'ufficio.

La domanda di manleva è infondata.

Infatti, l'eventuale corresponsabilità della predetta società "a monte", cioè con riferimento ai vizi oggetto del piano di lottizzazione, non rifluisce né in via diretta, né in via indiretta sull'obbligo del Comune di risarcire i danni patiti da parte ricorrente.

La responsabilità della P.A. nel caso di specie discende dall'illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio, in

relazione alla quale il ruolo rivestito e l'attività svolta dalla società promotrice non assumono alcuna rilevanza causale.

Pertanto, la domanda di manleva deve essere respinta.

3) In merito al risarcimento dei danni subiti dal Fallimento a seguito del provvedimento ordinanza n. 13 del 28.10.2005.

Al riguardo, occorre considerare che quello in esame è un provvedimento adottato dal Sindaco del Comune di Giustenice ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 267 del 2000, in forza del quale il Sindaco può emettere ordinanza <<ritenuti sussistenti i presupposti per l'adozione di un'ordinanza di carattere contingibile ed urgente al fine di prevenire pericoli per l'incolumità pubblica>>.

Il potere di ordinanza spettante al Sindaco per l'emanazione dei provvedimenti contingibili ed urgenti a fini di pubblico interesse appartiene allo Stato, ancorché nel provvedimento siano coinvolti interessi locali, poiché il Sindaco agisce quale ufficiale del Governo.

Ne consegue che, sia per le azioni risarcitorie, sia per le azioni di pagamento diverse, fondate su responsabilità per atto lecito, sussiste la legittimazione passiva dell'amministrazione statale competente ancorché ai Comuni siano state assegnate le somme necessarie per pagare le relative indennità. (Cass., civ., sez. I, 28/02/2019, n. 5970).

Nello stesso senso, T.A.R. Sicilia, sez. dist. Catania, sez. II, 22/10/2007, n. 1697, secondo la quale <<l'azione risarcitoria va proposta nei confronti del Ministero dell'Interno, unico soggetto passivo legittimato, allorché si lamenti il danno derivante dall'illegittimità dell'ordinanza contingibile e urgente, adottata dal Sindaco in qualità di Ufficiale di Governo, e non si invochi solo la tutela caducatoria>>.

In questo senso, quindi, la domanda risarcitoria deve essere dichiarata inammissibile perché esperita in difetto di legittimazione passiva (e non di mera titolarità passiva) del Comune resistente, sussistendo la legittimazione del solo Ministero.

4. E' intervenuta in giudizio, con memoria depositata in giudizio il 22.10.2019, come detto, la società Fist srl, la quale ha acquisito dal Fallimento a seguito di decreto di omologa 6.8.2019 <<l'intero attivo fallimentare dei beni mobili e immobili, dei crediti ... e dei diritti tutti suscettibili di valutazione economica ricadenti nell'attivo fallimentare ... ivi compreso il credito derivante dall'azione giudiziale promossa nei confronti del Comune di Giustenice nanti il TAR Liguria per il risarcimento dei danni tutti subiti dalla Società fallita a seguito dell'annullamento delle concessioni edilizie a suo tempo rilasciate>>.

Fist srl, quindi, è succeduta nel credito fatto valere in giudizio dal Fallimento L.M.C.

Con memoria depositata in data 22.10.2019, il Fallimento ricorrente ha dichiarato di prestare il consenso all'estromissione ex art. 111 Cost..

Poiché parte resistente non risulta aver consentito l'estromissione del Fallimento, tale provvedimento allo stato non può essere adottato.

5. In considerazione di quanto sopra detto, pertanto, il Collegio, ai sensi dell'art. 36, comma 2 c.p.a., intende pronunciare sentenza non definitiva, accertando la responsabilità del Comune di Giustenice per il danno ingiusto cagionato al Fallimento ricorrente, in conseguenza dell'adozione del provvedimento illegittimo, ordinanza sindacale 30 luglio 1992, n. 11/92; dichiarando inammissibile la domanda risarcitoria formulata da parte ricorrente limitatamente ai danni

conseguenti all'adozione dell'ordinanza n. 13 del 28.10.2005; respingendo la domanda formulata dal Comune di Giustenice nei confronti di Farinazzo Delio, in qualità di socio illimitatamente responsabile della società Rio Veggiu di Farinazzo Delio e C. S.a.s..

Occorre, poi, disporre attività istruttoria mediante consulenza tecnica avente ad oggetto il seguente quesito: <<Letti gli atti di causa, esaminata la documentazione prodotta, eseguito ogni accertamento ritenuto necessario per il corretto espletamento dell'incarico, nel rispetto del principio del contraddittorio e del combinato disposto degli artt. 39 e 67 c.p.a e 195 c.p.c., il CTU:

- in punto danno emergente, accerti e determini la consistenza economica degli esborsi lamentati da parte ricorrente ed effettivamente sostenuti dei quali risulti evidenza probatoria nel presente giudizio, valutando altresì se e in quale misura gli stessi possano ritenersi conseguenza del provvedimento ritenuto illegittimo emesso dal Comune;

- in punto lucro cessante, accerti e determini l'effettiva sussistenza, secondo il principio del più probabile che non, e il relativo valore, dei pregiudizi lamentati da parte ricorrente, e se gli stessi possano ritenersi conseguenza del provvedimento illegittimo emesso dal Comune>>.

Al riguardo, in dispositivo viene nominato il CTU, nonchè vengono fissati i termini e gli incumbenti previsti dall'art. 67 c.p.a.

6. Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) accerta, nei limiti e per le ragioni indicate in parte motiva, la responsabilità del Comune di Giustenice per il danno ingiusto cagionato al Fallimento ricorrente, in conseguenza dell'adozione del provvedimento illegittimo, ordinanza sindacale 30 luglio 1992, n. 11/92;
- 2) dichiara inammissibile, per le ragioni indicate in parte motiva, la domanda risarcitoria formulata da parte ricorrente limitatamente ai danni conseguenti all'adozione dell'ordinanza n. 13 del 28.10.2005;
- 3) respinge la domanda formulata dal Comune di Giustenice nei confronti di Farinazzo Delio, in qualità di socio illimitatamente responsabile della società Rio Veggiu di Farinazzo Delio e C. S.a.s.;
- 4) dispone procedersi alla Consulenza tecnica d'ufficio sul quesito indicato in parte motiva e, per l'effetto:
 - nomina CTU il dott. Dante Benzi;
 - dispone la corresponsione in favore del nominato CTU di un acconto di Euro 1.000,00 oltre accessori, ponendo il relativo onere, provvisoriamente, a carico di parte resistente, da assolvere entro l'udienza di giuramento del CTU;
 - autorizza le parti a nominare eventuali consulenti tecnici di parte entro 3 giorni prima la fissanda udienza per il giuramento del CTU;
 - autorizza fin d'ora il CTU alla nomina di eventuale ausiliario, con conseguente diritto delle parti di nominarne in tal caso uno di parte;
 - dispone che il CTU provveda alla trasmissione dello schema di relazione peritale alle parti entro il 20.4.2020;
 - dispone che le parti provvedano a trasmettere al CTU le proprie osservazioni entro il 20.5.2020;
 - dispone che il CTU provveda a depositare entro il 20.6.2020 la relazione finale in cui il CTU darà altresì conto delle osservazioni e

delle conclusioni dei consulenti di parte e prenderà specificamente posizione su di esse;

- fissa l'udienza del 29.1.2020 ore 12,30 per il giuramento del CTU delegando per l'incombente il dott. Paolo Nasini;

5) rinvia la causa all'udienza pubblica del 7 ottobre 2020;

6) spese al definitivo.

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

Dispone che la cancelleria provveda a comunicare al CTU nominato il dispositivo della presente sentenza unitamente alla parte di motivazione contenente il quesito peritale;

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Richard Goso, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Nasini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO