



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2303 del 2007, proposto da:
Antonini Alberto, rappresentato e difeso dall'avv. Piero G. Relleva, con domicilio
eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

contro

Comune di Oria, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv.
Nicola Massari, con domicilio eletto presso Giampaolo Maria Cogo in Roma, largo
Messico, 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE I
n. 01596/2006, resa tra le parti, concernente MANCATA REALIZZAZIONE DI
UN COMPLESSO EDIFICATORIO.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione del Comune di Oria;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. quinta, n.6414 in data 19 ottobre 2009;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Rella e Notarnicola, su delega dell'avv. Massari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente assume di essere comproprietario di un suolo sito nel Comune di Oria di mq. 9.942, tipizzato dal programma di fabbricazione in parte come zona "B" e in parte a servizi, sopraelevato rispetto al resto del centro abitato e da esso separato da un costone di roccia di altezza media di sei metri, con accesso carrabile dalla via Corrado.

L'area è stata oggetto , nel 1987, di una prima richiesta di concessione edilizia , relativa ad un progetto di realizzazione di 29 alloggi, successivamente modificato attraverso una nuova richiesta in data 28 gennaio 1992, sfociata solo nel 1995, a seguito di un contenzioso vittoriosamente conclusosi dinanzi al T.a.r. Puglia, nel rilascio della concessione edilizia n. 140 del 22 dicembre 1995.

I lavori, tuttavia, non sono stati realizzati a causa della sospensione disposta dal Comune di Oria a causa dell'emissione da parte del Ministero dei beni culturali ed ambientali del D.M. 6 ottobre 1996 di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area.

Detti provvedimenti sono stati tuttavia annullati dal T.a.r. Puglia con sentenza n. 5599/2001 del 28 settembre 2001. Con decisione del Consiglio di Stato 12.3.2004,

n. 1261, il Ministero dei beni culturali è stato altresì condannato al risarcimento del danno pari ad euro 96.873,150 in favore dei proprietari dell'area.

Già dopo l'annullamento del provvedimento di sospensione , nelle more dell'appello dinanzi al Consiglio di Stato adito sulla domanda di risarcimento del danno respinta in primo grado, i ricorrenti hanno ripreso i lavori sulla base della concessione edilizia del 1995, ma questi sono stati ulteriormente interrotti dal Comune a causa della pretesa decadenza dal diritto di costruire per scadenza del termine annuale di cui alla legge n. 10 del 1977.

A questo punto gli interessati hanno proposto una nuova domanda di concessione edilizia in data 21.12.2001, modificando il progetto per realizzare, in luogo del complesso residenziale, un "centro congressuale, alberghiero, convegni e ricevimenti".

Con provvedimento 5.7.2002, il dirigente dell'ufficio tecnico del Comune ha espresso parere favorevole al rilascio della concessione edilizia, condizionandolo tuttavia a dieci prescrizioni , quattro delle quali considerate dai richiedenti inaccoglibili ed in contrasto con il programma di fabbricazione . La ritenuta illegittimità e pretestuosità delle condizioni è stata rappresentata con nota 13.11.2002, diretta al sindaco del Comune di Oria, in cui gli interessati hanno segnalato l'ingente danno economico provocato dal ritardo dell'amministrazione nel provvedere favorevolmente , richiedendo il rilascio della concessione senza condizioni.

E' seguito l'atto stragiudiziale in data 25 settembre 2004, con cui l'odierno appellante ha diffidato il Sindaco ed il dirigente dell'ufficio tecnico a revocare le prime quattro prescrizioni all'assenso alla concessione.

A seguito dell' inerzia dell'amministrazione comunale, il ricorrente, ritenendo ormai non più proseguibile il progetto costruttivo , anche a causa della sopraggiunta modifica dello stato dei luoghi circostanti la via Corrado - il cui

allargamento, previsto dal piano di fabbricazione, è stato a suo dire nel frattempo reso impossibile dalla realizzazione, autorizzata dal Comune, di mura di recinzione da parte dei proprietari di terreni adiacenti alla strada – ha adito il T.a.r. Puglia per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale subito a causa del comportamento omissivo dell'amministrazione comunale.

Il T.a.r., considerato che l'azione risarcitoria non era stata preceduta dalla domanda di annullamento dell'atto illegittimo (provvedimento del 5.7.2002), in applicazione del principio della pregiudiziale di annullamento interna al processo amministrativo, ha dichiarato la domanda inammissibile.

Ha presentato appello l'interessato facendo valere, con il primo motivo, l'ammissibilità dell'azione risarcitoria pura innanzi al giudice amministrativo alla luce dei principi affermati dalla Suprema Corte di Cassazione con le ordinanze n. 13659, 13660 e 13911 del 13.6.2006 e lamentando, con i successivi motivi, l'erroneità del riferimento operato dal primo giudice a provvedimenti (determinazioni dirigenziali n. 1207 del 23 novembre 2000 e n. 13464 del 15 ottobre 2001) attinenti a diversa richiesta nonché la non impugnabilità del provvedimento del 5 luglio 2002, in quanto atto endoprocedimentale benché fonte di danno.

Ha esposto, quindi, i motivi di illegittimità delle prime quattro condizioni apposte al parere favorevole dell'ufficio tecnico e quantificato il danno – depositando a sostegno della richiesta una perizia di parte- a titolo di lucro cessante per mancato utilizzo della struttura per venti anni (euro 2.941.776,00) nonché di danno emergente, per la maggiorazione dei costi di costruzione (euro 280.800), oltre ai costi amministrativi sostenuti ed al danno da disturbo. Ha chiesto, altresì, disporsi consulenza tecnica d'ufficio al fine di verificare l'impossibilità di ottemperare alle prescrizioni e di determinare il quantum del risarcimento dovuto.

Si è costituito il comune di Oria per resistere all'impugnazione.

Con ordinanza n. 6414 del 19 ottobre 2009, il Consiglio di Stato , Quinta Sezione, ha disposto il rinvio della trattazione dell'appello ad udienza successiva alla decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato cui la decisione sulla questione della pregiudiziale amministrativa è stata rimessa con ordinanza della Sesta Sezione n. 2436 del 21 aprile 2009.

A seguito della intervenuta decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 23.3.2011, entrambe le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive tesi ed all'udienza del 18 ottobre 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Va, preliminarmente, dichiarata l'inammissibilità, prima che l'infondatezza, dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune di Oria nella memoria di costituzione, non essendo stato proposto specifico motivo di appello, impeditivo della formazione del giudicato, avverso il capo della pronuncia che ha statuito sulla giurisdizione (Cons. Stato Sez. VI, 10-03-2011, n. 1537).

Con il primo motivo, l'appellante censura la sentenza di primo grado per avere dichiarato inammissibile il ricorso volto ad ottenere il risarcimento del danno provocato dall'illegittima imposizione, quale condizione al rilascio della concessione edilizia, di prescrizioni inattuabili ed in contrasto con la normativa recata dal programma di fabbricazione , a causa dell'omessa domanda di annullamento del medesimo atto.

Il motivo è fondato.

La questione della pregiudizialità della domanda di annullamento dell'atto illegittimo rispetto all'azione di risarcimento del danno, già risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in favore della autonomia delle azioni e della proponibilità della domanda di risarcimento dinanzi al giudice amministrativo anche in difetto di previa domanda di annullamento dell'atto lesivo (Cass. SS.UU. ordd. 13659, 13660 e 13911 del 13.6.2006), è ora disciplinata dal codice del

processo amministrativo, che all'art. 30 prevede che l'azione di condanna al risarcimento del danno può essere proposta in via autonoma entro il termine di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

Pur non essendo detta disposizione applicabile direttamente ad una fattispecie risalente ad epoca anteriore alla sua entrata in vigore (16 settembre 2010), seguendo l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato espresso nella decisione 23.3.2011, n. 3, il Collegio reputa di estendere la disciplina da essa desumibile - ad eccezione del termine di decadenza, evidentemente inapplicabile *ratione temporis* - anche alla presente controversia, in quanto ricognitiva di principi appartenenti ad un quadro normativo precedente all'entrata in vigore del codice.

Ne discende che la domanda di ristoro di un danno patrimoniale derivante dalla lesione dell'interesse pretensivo diretto ad ottenere la concessione edilizia scevra dalle quattro condizioni giudicate illegittime, proposta entro il termine quinquennale di prescrizione ai sensi dell'art. 2947 cod. civ., è da considerarsi, pure in assenza della previa domanda di annullamento dell'atto lesivo, ammissibile.

Occorre a questo punto accertare, ai fini della valutazione della fondatezza della domanda, anzitutto l'antigiuridicità dell'atto che si assume lesivo, in riferimento alle prescrizioni apposte come condizioni al rilascio della concessione edilizia.

In merito, va respinta l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata dal Comune per mancata proposizione della domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto.

Invero, il ricorso contiene analitica esposizione dei vizi, per lo più attinenti all'illogicità delle prescrizioni, per i quali l'atto sarebbe illegittimo.

Quanto alle censure sollevate in ordine alle quattro prescrizioni (1. destinazione, per intero, del locale garage/deposito del fabbricato A e del piano scantinato del

fabbricato B ad area a parcheggio; 2. traslazione dei fabbricati verso il confine sud; 3. riduzione dell'altezza dei corpi di fabbrica di ml 1,00; 4. realizzazione dell'accesso principale al complesso immobiliare mediante prolungamento e sistemazione da via Rizzo), esse devono ritenersi fondate.

Considerando che l'insindacabilità delle scelte di natura tecnico discrezionale operate dall'amministrazione incontra un limite nell'irragionevolezza, illogicità o errore di fatto (ex multis, Cons. Stato Sez. V, 21-10-2011, n. 5637; Sez. IV, 16-09-2011, n. 5229), fondati sono i rilievi, sollevati fin dalla richiesta di cui alla nota del 13.11.2002, secondo cui la destinazione di un'area così vasta a parcheggio confligge, in base all'applicazione di elementari calcoli matematici sulle volumetrie del progetto, non contestati dal Comune, con le norme tecniche di attuazione del piano urbanistico che prevedono la destinazione ad area di parcheggio in ragione di mq.1 ogni 20 mc. di volume realizzato, nonché la censura di illogicità della prescrizione rispetto al dato di comune esperienza per cui almeno una parte della superficie terrena di un centro alberghiero debba essere destinata a locali servizi ed impianti tecnici. Così come è da condividersi la censura di illogicità della prescrizione, non contestata dal Comune, riguardante la traslazione non motivata delle costruzioni tale da alterare le zone di rispetto tra edifici e tra essi ed i confini e rendere impossibile la circolazione. Parimenti incongruente è la decisione di ridurre l'altezza degli edifici di un metro, così impedendo la realizzazione della progettata sala convegni, fulcro attorno al quale ruota la principale attività dell'impresa da svolgere nella struttura, la cui altezza non supererebbe i tre metri, senza alcuna plausibile motivazione. Altrettanto illogica è l'imposizione dell'unico accesso attraverso la via Rizzo, se si considera la circostanza esposta dal ricorrente, non contestata dall'amministrazione comunale, per cui la stessa via si interromperebbe in prossimità del fronte roccioso su cui è posizionata l'area oggetto di intervento. Peraltro, la decisione di imporre l'accesso da una strada che,

data la conformazione orografica dell'area , comporterebbe onerose misure di grandissimo impatto , appare palesemente sproporzionata rispetto all'unico argomento portato dal Comune a giustificazione della determinazione, ossia la natura privata della strada di accesso alternativa, via Corrado, e la necessità di compiere opere su proprietà confinanti, difficoltà alle quali il ricorrente si era dichiarato disponibile a far fronte a proprie spese (evidentemente anche mediante accordi con la proprietà). In ogni caso, i dubbi a riguardo sollevati dall'amministrazione comunale avrebbero richiesto una più approfondita istruttoria, nel quadro di un leale confronto partecipativo, e non l'immotivato arresto procedimentale.

La fondatezza delle indicate censure comporta, pertanto, l'illegittimità dell'atto impositivo di prescrizioni la cui illogicità ha reso impossibile la realizzazione del progetto.

In conformità, poi, ad orientamenti consolidati (Cons. St. Sez. IV, n. 4325/2009, n. 5012/2004; Sez. V n. 1346/2007, Sez. VI n. 3144/2009) , deve considerarsi dimostrato anche l'elemento della colpa data la negligenza ed imperizia dell'amministrazione valutabile alla stregua delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 cod. civ. per non aver condotto i necessari approfondimenti istruttori circa l'imposizione delle contestate prescrizioni e per non avere essa dimostrato che l'errore fosse addebitabile a fattori esterni (Cons. St., Sez. IV, 7.9.2010 n. 6485; 12 febbraio 2010, n. 785; Sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527).

Venendo alla verifica della sussistenza del nesso di causalità, occorre accertare se la domanda di risarcimento sia da dichiararsi comunque infondata, come richiesto dal Comune di Oria, a causa della rilevanza sostanziale , sul versante causale, della mancata impugnazione dell'atto lesivo, da considerarsi come fatto valutabile ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale ipotetico prognostico, sarebbero stati evitati attraverso

una tempestiva impugnazione ed una richiesta cautelare di sospensione dell'atto lesivo.

A riguardo soccorre il comma 3 del citato art. 30, secondo cui *“Nel determinare 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”* nell'interpretazione fornita dalla citata decisione dell'Adunanza Plenaria n.3/2011, in cui si legge che *“la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela ed al comportamento complessivo consente di soppesare l'ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela).”*

Non è allora esigibile, affinché il comportamento del creditore sia ritenuto conforme all'ordinaria diligenza, il necessario esperimento da parte sua degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione: ciò sarebbe contrario alla ratio della norma di cui all'art. 30, che ha escluso la necessità di previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale, nonché alla lettera del comma 3, che chiaramente si riferisce a “strumenti di tutela”, non già di “tutela giurisdizionale” e comunque non li considera ineluttabili (*“anche attraverso...”*).

E' sufficiente che l'amministrazione sia stata messa in condizione, tramite un apposito “avviso di danno” consistente nell'invito all'autotutela, di ritornare sul proprio atto, assolvendo, in un regime di risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, l'obbligo (o, meglio, l'onere) di annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo (art. 21-nonies l.n. 241 del 1990), al fine di evitare di incorrere nella condanna al risarcimento del danno anche per le spese ulteriori sostenute dal privato (Cass. Sez. III, 3 marzo 2011, n. 5120).

Nella specie, il ricorrente ha tenuto un comportamento rispondente al canone di ordinaria diligenza preordinato ad evitare il danno, dapprima comunicando con raccomandata 13.11.2002 all'amministrazione, analiticamente, le ragioni per le quali riteneva ciascuna delle quattro prescrizioni illegittime – nel contempo accettando le rimanenti – con avviso degli “ingenti danni economici” subiti per effetto dell'atto, e trasmettendo, poi, atto stragiudiziale di diffida in data 25.9.2004 a provvedere entro dieci giorni alla revoca delle quattro condizioni in quanto illogiche, arbitrarie ed irrealizzabili.

La sostanziale rinuncia a perseguire la realizzazione del progetto, anche omettendo di impugnare l'atto lesivo, può allora essere semmai considerata in sede di quantificazione del danno risarcibile, ma non certo come causa di esclusione del risarcimento.

Accertata, dunque, nell'an, la fondatezza della domanda di risarcimento, occorre procedere alla quantificazione del danno subito.

Il ricorrente quantifica la pretesa patrimoniale in relazione, in primo luogo, al lucro cessante, tenendo conto del mancato utilizzo della struttura per ristorazione, capacità alberghiera, organizzazione di convegni e ricevimenti, per venti anni - a partire dalla prima domanda di concessione edilizia del 1987- calcolando un utile di impresa al netto degli ammortamenti pari al 20% dell'introito annuo complessivo ed applicando un tasso medio di attualizzazione del 4% e quindi sottraendo il costo che la struttura avrebbe comportato per la sua fruibilità, così pervenendo alla quantificazione in euro 2.941.776,00.

Ha poi richiesto il risarcimento dell'ulteriore danno emergente, pari alla maggiorazione dei costi di costruzione in tempi diversi da quelli previsti, pari ad euro 280.800,00, oltre ai costi amministrativi sostenuti, divenuti inutili, ed al danno da disturbo, questi ultimi non quantificati.

Va, in primo luogo, respinta la domanda di risarcimento del danno emergente pari alla maggiorazione dei costi di costruzione, non profilandosi, in mancanza di impugnazione dell'atto lesivo per l'emissione di una concessione edilizia priva delle prescrizioni apposte, la possibilità per il ricorrente di realizzare il progetto di edificazione, sostenendone i relativi costi.

Inoltre, va respinta la quantificazione del danno a titolo di lucro cessante in rapporto all'intero arco di tempo (dal 1987) considerato dal ricorrente poiché i progetti relativi alle prime due richieste, culminati nella concessione n. 140 del 22 dicembre 1995, concernevano un intervento edilizio affatto diverso da quello da ultimo proposto ed, inoltre, perché sul danno patito per effetto dei provvedimenti intervenuti in quella fase è stato già riconosciuto, con efficacia di giudicato ed a completa soddisfazione del ricorrente, il risarcimento del danno a carico del Ministero dei beni culturali con sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato 12.3.2004, n. 1261.

Il danno patito deve, pertanto, essere calcolato sul periodo decorrente dalla presumibile ultimazione della struttura (certamente successivo alla domanda di concessione del 21.12.2001).

Ciò chiarito, ai fini del decidere sul *quantum debeatur*, è tuttavia necessario, data l'insufficienza probatoria della perizia di parte depositata dall'appellante, disporre una consulenza tecnica d'ufficio tecnico-contabile affinché il consulente tecnico d'ufficio accerti, attraverso, ove possibile, i dati disponibili della locale Camera di Commercio, tenuto conto dell'andamento del flusso turistico e convegnistico del Comune di Oria nel periodo considerato, dei prezzi ufficiali per la categoria del centro e della sua capacità ricettiva, come desumibile dal progetto, gli effettivi utili realizzabili a partire dalla data di presumibile ultimazione della struttura, al netto di tutti i costi (anche relativi all'accesso al credito per l'investimento) e dell'ammortamento del bene.

Il danno così quantificato dovrà essere rapportato alla quota di proprietà dell'area in titolarità del ricorrente.

Il Collegio provvede, pertanto, ai sensi dell'art.67 cod. pr. amm, alla nomina del consulente tecnico d'ufficio nella persona del dott. Donato Pezzuto, Circonvallazione Clodia 36/A Roma il quale provvederà all'accertamento sopra descritto e trasmetterà entro sessanta giorni dal giuramento uno schema della propria relazione alle parti ovvero, se nominati, ai loro consulenti tecnici i quali provvederanno entro i successivi venti giorni a trasmettere al consulente eventuali osservazioni e conclusioni.

Il termine per il deposito da parte del Consulente tecnico d'ufficio della relazione finale presso la Segreteria è fissato al 31 marzo 2012.

Il Collegio fissa, per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio, da effettuarsi davanti al Cons. delegato Francesca Quadri e con l'assistenza del Segretario nell'aula di udienza della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, Piazza Capo di Ferro n. 13, l'udienza istruttoria del 12 dicembre 2011. Assegna alle parti termine fino all'inizio delle operazioni di consulenza per l'eventuale nomina dei consulenti di parte, mediante deposito del relativo atto nella Segreteria della Sezione. Dispone che le parti forniscano ai consulenti copia di atti e documenti del giudizio e di ogni altro elemento utile ai fini dell'accertamento.

Fissa in euro 2.000,00 (duemila) l'anticipo per le spese di consulenza, da corrispondere immediatamente al consulente tecnico d'ufficio ai fini delle relative operazioni, che pone provvisoriamente a carico della parte appellante.

Delega il Cons. Francesca Quadri all'adozione degli atti necessari ai fini della conclusione dell'istruttoria, ivi compresi quelli relativi alla concessione di proroghe, ove strettamente necessarie, dei termini e l'eventuale integrazione del quesito posto.

Fissa, infine, per l'ulteriore trattazione del ricorso l'udienza del 29 maggio 2012, riservando al definitivo ogni altra decisione, compresa quella sulle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto: accoglie l'appello come da motivazione; dispone la consulenza tecnica d'ufficio con le modalità ed i termini di cui in motivazione; rinvia il giudizio per l'ulteriore trattazione all'udienza pubblica del 29 maggio 2012; riserva al definitivo ogni altra decisione, compresa quella sulle spese del doppio grado di giudizio.

Manda alla Segreteria di comunicare il presente provvedimento alle parti ed al consulente tecnico d'ufficio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)