

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: Permesso di costruire - Annullamento - Annullamento giurisdizionale - Risarcimento del danno - Conseguenza immediata - Esclusione - Illegittimo esercizio della funzione amministrativa - Valutazione prognostica a posteriori - Necessità.

Tar Toscana - Firenze, Sez. III, 29 ottobre 2021, n. 1414

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 6, 2021, pag. 1922

“[...] il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa non può prescindere dalla spettanza di un bene della vita, da accertarsi mediante una valutazione prognostica a posteriori, giacché è soltanto la lesione arrecata al bene della vita a qualificare in termini di ingiustizia il pregiudizio derivante dal provvedimento illegittimo [...].

Ai fini del giudizio prognostico di spettanza, che presiede alla pronuncia sulla domanda risarcitoria, la cognizione è peraltro estesa a tutti gli aspetti che avrebbero potuto o dovuto essere esaminati dall'amministrazione per provvedere sull'istanza del privato e non è limitata ai soli profili esaminati nel precedente giudizio di annullamento del diniego illegittimo, sui quali si è formato il giudicato [...]. D'altro canto, nella specie occorre considerare che il permesso di costruire chiesto dal signor Pedri venne negato dal Comune in virtù di una valutazione preliminare circa il difetto di legittimazione del richiedente, ciò che comportò l'assorbimento di ogni altra pur doverosa verifica in ordine alla conformità urbanistico-edilizia del progetto [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor Milvano Pedri è proprietario in Pescia di un'area a suo tempo inserita in un piano di lottizzazione per essere destinata a opere di urbanizzazione (verde pubblico) e ceduta all'amministrazione comunale, come da convenzione stipulata dalle parti il 20 febbraio 1982.

Completato l'intervento lottizzatorio, l'area in questione non venne mai trasferita al Comune ed anzi, con la variante al P.R.G. approvata con deliberazione consiliare n. 108/1999, fu inserita in zona urbanistica B2 residenziale di completamento, divenendo edificabile. Il 23 luglio 2004, il signor Pedri chiese pertanto il rilascio di un permesso di costruire per realizzarvi un edificio consistente di quattordici appartamenti con annessi cantine e posti auto coperti e scoperti.

Il permesso venne negato con provvedimento del 17 ottobre 2005, sul presupposto che l'odierno ricorrente avesse perduto la disponibilità dell'area in seguito alla stipula della convenzione di lottizzazione del 1982.

Su ricorso dell'interessato, il diniego è stato annullato da questo T.A.R. con sentenza n. 874 del 13 maggio 2011, contenente l'accertamento dell'intervenuta prescrizione del diritto del Comune a ottenere l'esecuzione dell'obbligo convenzionale di trasferimento gravante sul signor Pedri.

1.1. Il contenzioso in trattazione segue il passaggio in giudicato della sentenza n. 874/2011. Il ricorrente assume di avere diritto al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'illegittimo diniego di rilascio del permesso di costruire chiesto nel luglio 2004: l'operazione immobiliare, non assentita all'epoca, sarebbe infatti divenuta definitivamente irrealizzabile tenuto conto delle mutate condizioni del mercato immobiliare e delle sopravvenute modifiche della disciplina urbanistico-edilizia del Comune.

Il danno patrimoniale in rapporto di derivazione causale dal mancato rilascio del permesso è identificato nell'utile ricavabile dall'operazione, quantificato in euro 441.980,00, oltre agli interessi e alla rivalutazione monetaria, nonché nelle spese sostenute per la presentazione della pratica (euro 20.635,00) e per le consulenze tecniche di parte prodotte nel presente giudizio. Di tali importi, il signor Pedri chiede che il Comune di Pescia sia condannato al pagamento per il titolo risarcitorio così rivendicato.

1.2. Resiste alla domanda l'amministrazione intimata.

1.3. La causa, istruita mediante l'espletamento di verifica e l'acquisizione in copia asseverata conforme della disciplina urbanistico-edilizia comunale di rilievo, è stata trattenuta per la decisione sulla base degli atti nell'udienza straordinaria del 29 settembre 2021, nell'ambito del programma di smaltimento dell'arretrato del T.A.R. Toscana approvato dal C.P.G.A. per l'anno in corso e tenutasi da remoto, in video conferenza, come stabilito dall'art. 87 co. 4-*bis* c.p.a., introdotto dal decreto-legge n. 80 del 2021, convertito con modificazioni in legge n. 113 del 2021.

2. Come riferito in narrativa, il ricorrente signor Milvano Pedri agisce per il risarcimento dei danni che sostiene di aver patito in conseguenza dell'illegittimo diniego del permesso di costruire da lui richiesto, nel luglio 2004, per la realizzazione su area di sua proprietà di un'operazione immobiliare che all'epoca gli avrebbe fruttato consistenti guadagni e che oggi non sarebbe riproponibile, essendo mutate le condizioni di mercato, oltre che la disciplina urbanistico-edilizia di riferimento.

Il diniego è stato annullato da questo T.A.R. con la sentenza n. 874/2011, passata in giudicato, la quale ha riconosciuto l'inconsistenza delle ragioni ritenute ostative al rilascio del titolo, e inerenti la pretesa indisponibilità in capo al ricorrente dell'area interessata dall'intervento edificatorio.

L'amministrazione resistente dal canto suo afferma che, anche a voler considerare prescritte le pretese nascenti dalla convenzione di lottizzazione del 1982, come statuito dal T.A.R. con la decisione del 2011, non per questo il signor Pedri potrebbe rivendicare la proprietà dell'area, oramai acquistata dal Comune per effetto della sua irreversibile trasformazione in giardino pubblico.

In ogni caso, la domanda di rilascio del permesso di costruire non avrebbe potuto essere accolta a causa della difformità dell'intervento dalle disposizioni urbanistiche all'epoca vigenti e questo

perché, in estrema sintesi, il progetto non avrebbe rispettato la disciplina in materia di distacchi, di altezza massima e numero dei piani degli edifici, di distanze dagli elettrodotti.

2.1. Tanto premesso, è noto che il risarcimento del danno non consegue automaticamente all'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo, ma richiede la verifica di sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito. E, laddove la domanda sia riferita a una situazione soggettiva di interesse legittimo pretensivo, è subordinato alla dimostrazione che il provvedimento oggetto del diniego annullato dal giudice sarebbe stato rilasciato, se l'amministrazione avesse agito correttamente: in altri termini, secondo l'indirizzo assolutamente maggioritario della giurisprudenza, dal quale il collegio non intende discostarsi, il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa non può prescindere dalla spettanza di un bene della vita, da accertarsi mediante una valutazione prognostica *a posteriori*, giacché è soltanto la lesione arrecata al bene della vita a qualificare in termini di ingiustizia il pregiudizio derivante dal provvedimento illegittimo (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. II, 2 agosto 2021, n. 5656, e, per tutte, id., A.P. 23 aprile 2021, n. 7).

Ai fini del giudizio prognostico di spettanza, che presiede alla pronuncia sulla domanda risarcitoria, la cognizione è peraltro estesa a tutti gli aspetti che avrebbero potuto o dovuto essere esaminati dall'amministrazione per provvedere sull'istanza del privato e non è limitata ai soli profili esaminati nel precedente giudizio di annullamento del diniego illegittimo, sui quali si è formato il giudicato (cfr. Cons. Stato, sez. II, 30 marzo 2020, n. 2161). D'altro canto, nella specie occorre considerare che il permesso di costruire chiesto dal signor Pedri venne negato dal Comune in virtù di una valutazione preliminare circa il difetto di legittimazione del richiedente, ciò che comportò l'assorbimento di ogni altra pur doverosa verifica in ordine alla conformità urbanistico-edilizia del progetto.

Va ancora precisato che, sul piano della distribuzione dell'onere della prova, il principio dispositivo non è temperato dal metodo acquisitivo e trova integrale applicazione il principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., con la conseguenza che spetta al danneggiato fornire la prova del danno ingiusto e delle conseguenze pregiudizievoli patrimonialmente valutabili che ne siano derivate, oltre a quella dell'elemento soggettivo rappresentato dal dolo o dalla colpa dell'amministrazione precedente.

Sul ricorrente incombe dunque l'onere di dimostrare, in prima battuta, che una volta rimosso il fattore ostativo illegittimamente oppostogli dal Comune, il permesso di costruire avrebbe dovuto essere rilasciato. A seguire, la prova delle conseguenze dannose dell'illecito che, per come prospettate, debbono qualificarsi in termini di perdita (non dell'utile, ma) della chance di conseguire l'utile prodotto dalla vendita degli immobili realizzati.

2.2. Ricostruite in tal modo le coordinate ideali che guideranno la disamina della controversia, in via preliminare deve essere confutato e respinto l'argomento del Comune di Pescia, secondo cui il ricorrente avrebbe perduto la proprietà dell'area interessata dall'intervento in conseguenza della definitiva occupazione di essa mediante opere pubbliche.

Anche a tacere della sostanziale incompatibilità dell'assunto con il giudicato formatosi sulla più volte citata sentenza del T.A.R. n. 874/2011, la tesi del Comune implica la perdurante operatività dell'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva, al quale non può essere riconosciuta cittadinanza nell'ordinamento stante la sua acclarata incompatibilità con le garanzie assicurate al diritto di proprietà dall'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, per il tramite di esso, dall'art. 117 co. 1 della Costituzione. Né fra le parti risulta essere mai intervenuta alcuna pronuncia giurisdizionale, tantomeno coperta da giudicato, che abbia accertato l'intervenuto perfezionamento dell'occupazione acquisitiva (cfr. Cons. Stato, A.P., 9 aprile 2021, n. 6).

Venendo al merito, in funzione del giudizio di spettanza – da condursi nei termini delineati inizialmente – il collegio ha fatto ricorso all'ausilio di un verificatore, incaricato di esaminare il progetto e la pratica edilizia presentati dal ricorrente al Comune di Pescia il 23 luglio 2004.

Dalla verifica è emerso che il permesso di costruire non avrebbe potuto essere rilasciato al signor Pedri perché il fabbricato in progetto non rispettava il distacco dalla strada lungo il confine nord, sia pure di pochi centimetri, né il limite massimo di altezza ammissibile e il numero massimo di piani fuori terra, stabiliti dall'art. 45 delle norme di attuazione del P.R.G..

Ad avviso del verificatore, il progetto non rispettava neppure la disciplina in materia di superfici fondiarie di cui all'art. 27 delle citate n.t.a. e avrebbe richiesto il preventivo assenso degli enti proprietari delle linee elettriche presenti nelle vicinanze e quello delle autorità preposte alla tutela idraulica e idrogeologica, essendo il fabbricato destinato a ricadere nella fascia di rispetto del Rio Paradiso. Inoltre, una porzione dell'edificio interferiva con l'accesso alla cabina ENEL esistente *in loco*.

Tali conclusioni sono contestate dal ricorrente, il quale nega la natura di acqua pubblica del Rio Paradiso, come pure l'applicabilità delle disposizioni sulle distanze dai confini indicate dal verificatore. Questi avrebbe altresì errato nel fare applicazione della richiamata normativa di P.R.G. e nel reputare l'intervento sottoposto al rispetto delle distanze dagli elettrodotti e dalla cabina elettrica, ai sensi del d.P.C.M. 8 agosto 2003.

Le critiche del ricorrente non investono in punto di fatto gli accertamenti eseguiti dal verificatore, che, depurati dalle valutazioni rimesse esclusivamente al giudice, possono venire utilizzati a fondamento della decisione.

2.3 Il progetto presentato dal signor Pedri prevedeva che l'edificio sorgesse, lungo il lato est, a poco più di cinque metri dall'argine del Rio Paradiso, corso d'acqua non iscritto, all'epoca, in alcun elenco di acque pubbliche.

Nondimeno, che si tratti – e si trattasse – di un bene demaniale lo si ricava sia dalla rappresentazione catastale dello stesso, la quale, come noto, costituisce elemento di prova, sia pure avente carattere sussidiario (cfr. Cass. civ., SS.UU., 28 dicembre 2018, n. 33658); sia dal suo inserimento nel reticolo idrografico individuato dalla Regione Toscana ai sensi della legge regionale n. 79/2012, elemento che ne dimostra l'attitudine ad usi di interesse generale in relazione al sistema idrografico di appartenenza, coerentemente con quanto stabilito dall'art. 1 co. 1 del R.D. n. 1775/1933, dovendosi peraltro presumere – in considerazione del carattere dichiarativo del riconoscimento regionale – che siffatta attitudine fosse posseduta già all'epoca dei fatti per cui è causa. L'art. 1 della citata legge n. 79/2012 la Regione Toscana promuove infatti la bonifica *“quale attività di rilevanza pubblica volta a garantire la sicurezza idraulica, la difesa del suolo, la manutenzione del territorio, la tutela e valorizzazione delle attività agricole, del patrimonio idrico, anche con riferimento alla provvista e all'utilizzazione delle acque a prevalente uso irriguo, nonché dell'ambiente e delle sue risorse naturali”*, il che implica che i corsi d'acqua inseriti nel reticolo idrografico, per concorrere allo svolgimento di tale attività, presentino caratteristiche che li rendono funzionali all'utilità generale.

Di contro, l'affermazione del ricorrente secondo cui il Rio Paradiso non avrebbe mai presentato, neppure in passato, alcuna massa di acqua idonea a soddisfare usi di pubblico interesse è del tutto indimostrata, fermo restando che l'operatività dei divieti connessi alla presenza di un'acqua pubblica potrebbe escludersi alla sola e più stringente condizione – non dedotta dal ricorrente – che essa non soltanto sia venuta meno, ma che la sua ricostituzione non sia nemmeno ipotizzabile (giurisprudenza costante, cfr. Cass., civ., SS.UU., 1 aprile 2020, n. 7644).

Il signor Pedri, per altro verso, lamenta che se anche fosse stato necessario acquisire i pareri delle autorità preposte alla sorveglianza idraulica, sarebbe stato il Comune a doversene occupare.

La doglianza non coglie nel segno, giacché ai fini della domanda risarcitoria quel che rileva non è l'imputabilità al Comune di eventuali carenze istruttorie del procedimento, quanto il difetto di prova in ordine alla sussistenza delle condizioni che avrebbero consentito – *rectius*: imposto – il rilascio del permesso di costruire. E, sulla base degli elementi disponibili, è quantomeno dubbio che il Comune avrebbe potuto assentire la realizzazione di un progetto parzialmente ricadente in zona sottoposta a vincolo di inedificabilità ai sensi dell'art. 96 co. 1 lett. f) R.D. n. 523/1904.

Si aggiunga che, come rilevato dal verificatore, l'intervento avrebbe comportato la realizzazione di opere sull'argine del Rio Paradiso, da autorizzarsi da parte dell'autorità idraulica ai sensi della norma

n. 13 del d.P.C.M. 5 novembre 2009 recante “*Approvazione del piano stralcio relativo alla riduzione del "Rischio idraulico" del bacino del fiume Arno*”, senza che il ricorrente abbia fornito alcun principio di prova circa la compatibilità delle opere in questione con il piano.

2.4. Il verificatore, lo si è visto, ha anche concluso nel senso della contrarietà del progetto all’art. 45 delle norme di attuazione del P.R.G. vigente all’epoca. La disposizione prevedeva, per gli edifici da realizzare nelle sottozone B2, un’altezza massima di 10,50 m e tre piani fuori terra, parametri che non sarebbero stati rispettati dal progetto del ricorrente.

Quanto al numero dei piani dell’edificio, dalla verifica risulta che quelli fuori terra sarebbero stati quattro (tre abitativi fuori terra ed uno seminterrato), apparentemente in contrasto con il sopra citato art. 45. Occorre tuttavia ricordare che, con deliberazione consiliare n. 49/2004, il Comune di Pescia aveva modificato alcuni articoli del proprio regolamento edilizio, a sua volta frutto dell’integrazione del vecchio regolamento di edilizia del 1936 con l’aggiunta degli articoli 32 e seguenti, mutuati dalla disciplina di piano regolatore. Per quanto qui interessa, la modifica del 2004 aveva riguardato appunto l’art. 32 del regolamento – che dettava la “Terminologia urbanistica” valevole anche per il P.R.G. e per tutti gli strumenti urbanistici attuativi – nella parte relativa alla definizione del parametro “numero di piani”, riferito al numero dei piani “abitabili”, e non più dei piani “praticabili”, fuori terra, come nella versione originaria della norma. Ne discende che per questo aspetto il progetto del ricorrente, con la sua previsione di quattro piani praticabili fuori terra, di cui solo tre abitabili, era conforme alla disciplina di zona.

Non così quanto al parametro dell’altezza massima.

L’altezza del fronte est del fabbricato in progetto è stata misurata dal verificatore in 12,10 metri, superiori ai 10,50 stabiliti dalla norma urbanistica, che non sono rispettati neppure dalla porzione di edificio meglio descritta nella tavola n. 5 allegata alla verifica, cui si rinvia. Il ricorrente sostiene che erroneamente il verificatore avrebbe preso in esame il parametro dell’altezza dei singoli fronti, anziché quello dell’altezza massima del fabbricato, la quale sarebbe rappresentata dalla media ponderale dell’altezza massima dei diversi fronti.

In realtà, il criterio in forza del quale l’altezza massima è data, per gli edifici che non presentino altezza costante su tutti i fronti, dalla media ponderale delle altezze di ciascun fronte è stato introdotto dal Comune di Pescia solo con il regolamento edilizio approvato nel giugno 2006 e non può, pertanto, trovare qui applicazione. Il ricorrente, da parte sua, non ha fornito alcuna prova del fatto che si sarebbe trattato di una nozione disciplinare talmente consolidata da ritenerla applicabile anche in assenza di specifica disposizione normativa: manca, cioè, la dimostrazione che già prima del regolamento edilizio del 2006 vigesse un uso consuetudinario della particolare nozione di “altezza massima”

invocata dal signor Pedri, inteso sia sotto il profilo oggettivo dell'esistenza di una prassi in tal senso dell'amministrazione comunale, sia sotto il profilo soggettivo del convincimento della conformità al diritto di quella (indimostrata) prassi.

L'unico riferimento normativo utile rimane dunque costituito dai punti 9 e 10 dell'art. 32 del regolamento edilizio, come modificato dalla deliberazione consiliare n. 49/2004.

Il paragrafo 9 definiva l'altezza massima degli edifici (H max) come la "*differenza fra la minima quota in basso e la massima quota in alto calcolate come al successivo punto 10*", che definiva a sua volta il parametro dell'altezza massima di ciascun fronte (Hf max). Era la stessa disciplina regolamentare, come si vede, a stabilire una corrispondenza fra i due parametri attraverso il rinvio espresso dal punto 9 al punto 10, tale per cui l'altezza massima dell'edificio veniva normativamente a coincidere con quella del fronte o dei fronti più alti; con la conseguenza di doversi escludere la conformità del progetto presentato dal ricorrente al parametro H max in questione.

2.5. A fronte delle criticità più consistenti, che si sono evidenziate, il progetto ne presentava altre per così dire "minori", come il mancato rispetto degli allineamenti preesistenti del fronte prospiciente la via Lucchese, sia pure per pochi centimetri, che costituiva comunque violazione dell'art. 11 delle n.t.a. di P.R.G. (in sede progettuale e di rilascio del titolo abilitativo non operano le tolleranze previste dalla legge per la fase esecutiva).

Vi sono inoltre il restringimento della sede stradale, occupata in parte dai cortili degli alloggi nn. 4 e 5, e la sovrapposizione del fabbricato al cancello di accesso alla cabina ENEL, che avrebbe impedito il transito anche ai mezzi di soccorso.

Nell'uno e nell'altro caso, si tratta comunque di incongruenze che avrebbero richiesto di modificare il progetto, per renderlo assentibile.

Può ritenersi invece non ostativo al rilascio del permesso di costruire il parametro della superficie fondiaria (Sf), atteso che il divieto di utilizzo degli indici urbanistici già computati per altre costruzioni, di cui all'art. 27 delle norme di attuazione del P.R.G., va riferito ai soli indici riconosciuti dallo stesso P.R.G. e utilizzati per la prima volta in quell'occasione dal signor Pedri; e lo stesso vale per la presenza del vicino elettrodotto, in assenza di disposizioni cogenti circa l'ampiezza delle fasce di rispetto (le tecniche di determinazione dei livelli di esposizione ai campi elettrici e magnetici e dei parametri per la determinazione delle fasce di rispetto per gli elettrodotti, disciplinati dal d.P.C.M. 8 luglio 2003, sarebbero stati approvati solo con il successivo d.m. 29 maggio 2008).

2.6. In forza delle considerazioni che precedono, deve escludersi che il progetto presentato dal ricorrente nel 2004 potesse ottenere il rilascio del permesso di costruire. Ne consegue l'esito negativo del giudizio di spettanza del bene della vita, indispensabile onde poter configurare l'esistenza stessa

di un danno ingiusto e come tale risarcibile, senza che a tal fine rivesta alcun rilievo l'astratta possibilità che, come risultato del contraddittorio procedimentale, l'interessato modificasse il progetto per conformarlo alla disciplina urbanistico-edilizia di riferimento: non è infatti possibile stabilire se e quale diverso progetto il ricorrente avrebbe potuto presentare in tale evenienza, il che rende puramente e inammissibilmente congetturale il giudizio di spettanza secondo il canone del "più probabile che non" (manca l'oggetto stesso cui rapportare la valutazione sull'esistenza del nesso causale tra condotta ed evento dannoso, e, a maggior ragione, del nesso tra danno-evento e danno-conseguenza, per utilizzare una terminologia tradizionale).

Senza contare, sul versante processuale, che la domanda del ricorrente si riferisce alla perdita certa del bene della vita coincidente con il rilascio del permesso di costruire relativo a quel determinato progetto, e non alla perdita della *chance* di chiedere e ottenere un qualsivoglia permesso di costruire. L'ontologica diversità fra domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, non proposta dal ricorrente, e domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, proposta dal ricorrente, fa sì che la prima non possa considerarsi contenuta nella seconda e che pertanto il giudice non possa farsene carico neppure in via subordinata, pena la violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

Il ricorso, in definitiva, dev'essere respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza del ricorrente e sono liquidate come in dispositivo.

A carico del signor Pedri vanno altresì poste le spese di verifica, che si liquidano in euro 4.700,00, per onorari, calcolati a norma dell'art. 11 d.m. 30 maggio 2002 e comprensivi dell'acconto di euro 800,00, già liquidato, oltre a euro 161,50 per spese e agli accessori di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna il ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in euro 2.000,00, oltre agli accessori di legge, nonché al pagamento delle spese di verifica, liquidate come in parte motiva.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2021, tenutasi da remoto in video conferenza ai sensi dell'art. 87 co. 4-*bis* c.p.a., introdotto dal d.l. n. 80 del 2021, convertito con modificazioni in legge n. 113 del 2021, con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Giani, Presidente FF

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Paola Malanetto, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Riccardo Giani

IL SEGRETARIO