

EDILIZIA ED URBANISTICA: Risarcimento del danno – Derivante dall’annullamento in autotutela di un permesso di costruire – Domanda – Ove sussista la prova che l’interessato fosse a conoscenza dei vincoli inedificabilità inerenti l’area interessata sin da prima del rilascio dell’atto di assenso edificatorio – Non può essere accolta – Ragioni.

Cons. Stato, Sez. VII, 28 agosto 2023, n. 8003

“[...] appare certamente non improntato alla necessaria diligenza il comportamento dei ricorrenti che si limitano a segnalare la sussistenza di vincoli ambientali e paesaggistici nella richiesta di approvazione di un piano di recupero ma che, successivamente, sottoscrivono la convenzione con l’Ente comunale senza formulare sul punto obiezioni e senza effettuare gli approfondimenti necessari. Approfondimenti che la diligenza media avrebbe imposto in ragione della natura dell’intervento e del costo che il privato si accinge a sopportare per questo. Pertanto, se certamente privo di diligenza può ritenersi l’operato del Comune, allo stesso modo appare comunque colpevole l’omissione del privato che non effettua ulteriori accertamenti per il tramite dei propri tecnici [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Musso e del Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l’art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all’udienza straordinaria di smaltimento dell’arretrato del giorno 5 luglio 2023 il Cons. Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli avvocati Claudio Sala per parte appellante e Lorenzo Spallino per il Comune appellato; vista, altresì, l’istanza di passaggio in decisione depositata dall’Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza gravata il T.A.R. della Lombardia, sede di Milano, ha respinto i ricorsi, riuniti ai sensi dell’art. 70 cod. proc. amm., proposti dagli odierni appellanti per l’annullamento dei seguenti atti comunali:

– l’ordinanza ex art. 167 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 di ingiunzione del ripristino dei luoghi del 18 febbraio 2016 n. 761 (impugnata con ricorso NRG 785/2016);

– la delibera del Consiglio Comunale 2 febbraio 2017 n. 4 di annullamento in autotutela del Piano di Recupero approvato con delibera n. 30/2013 e il provvedimento 13 febbraio 2017 n. 678 di annullamento del permesso di costruire n. 10/2013 (impugnati con ricorso NRG 944/2016);

– ogni altro atto presupposto, consequenziale o connesso;

nonché per la condanna dell'amministrazione convenuta al risarcimento dei danni.

I ricorrenti, totalmente soccombenti in primo grado, hanno impugnato l'indicata sentenza con appello principale.

Il Comune di Musso ha, a sua volta, proposto appello incidentale.

Gli appelli sono stati trattenuti in decisione all'udienza straordinaria del 5 luglio 2023.

2. La vicenda oggetto del presente giudizio ha origine nel dicembre 2010, allorquando i ricorrenti decisero di effettuare un intervento di ristrutturazione e ampliamento dell'immobile residenziale di proprietà sito nel Comune di Musso e contraddistinto ai mappali 459 (sub 1 – 2), 474, 475, 476.

Il progetto, che ottenne il parere favorevole della Commissione Paesaggio, non fu invece valutato positivamente dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici di Milano per il fatto che in esso si prevedeva la “demolizione di una parte dell'edificio esistente, di probabile impianto ottocentesco”.

Gli interessati elaborarono, allora, una diversa ipotesi progettuale che, non prevedendo più alcuna demolizione, ottenne il parere favorevole dell'ente, sulla scorta del quale, poi, il Comune di Musso poté approvarlo e rilasciare l'autorizzazione paesaggistica con decreto ambientale n. 16/2011 del 9 marzo 2012.

Quel progetto non ebbe però alcun seguito dato che, pochi mesi dopo (agosto 2012), il Comune notificò agli interessati il preavviso di rigetto dell'istanza di permesso di costruire presentata nel giugno dello stesso anno, rammentando come alla realizzazione dell'intervento edilizio progettato ostasse la L.R. 16 luglio 2009 n. 13 (c.d. piano casa), che non consentiva l'ampliamento di edifici collocati all'interno del centro storico.

Entrata in vigore la L.R. 24 dicembre 2012 n. 21, che ha determinato la perdita di efficacia del Piano Regolatore Generale, gli appellanti hanno allora richiesto al Comune di approvare il Piano Attuativo di Recupero ai sensi dell'art. 15 delle norme tecniche di attuazione del Piano di Governo del Territorio.

Il Piano attuativo fu approvato con deliberazione del Consiglio Comunale del 12 dicembre 2013 n. 30 unitamente allo schema di convenzione, quest'ultima sottoscritta il 20 dicembre 2013.

Va precisato che al momento della richiesta del Piano Attuativo gli interessati segnalavano il possibile interesse paesistico-ambientale secondo quanto previsto dalla parte III del d.lgs. n. 42/2004 della zona ove insiste l'edificio da ristrutturare (circostanza, quella della segnalazione, incontestata fra le parti).

Nondimeno, nella sottoscritta Convenzione si diede atto dell'assenza di vincoli di sorta gravanti sull'immobile.

Concluso l'*iter* burocratico, il 27 dicembre 2013 fu rilasciato ai ricorrenti il permesso di costruire affinché potessero eseguire i lavori previsti nel Piano di recupero.

Ad un anno di distanza dall'inizio dei lavori, quando già la parte dell'edificio prospiciente il lago di Como era stata demolita, nel maggio e nel giugno 2015 il Comune comunicò ai proprietari l'avvio di due procedimenti di verifica della regolarità del permesso di costruire per essersi avveduto di due circostanze ostative all'esecuzione dei lavori non percepite nel corso della pregressa istruttoria procedimentale: la vicinanza dell'immobile all'impianto di depurazione delle acque reflue urbane e la sua collocazione nella fascia di 300 metri dalla linea di battigia del lago di Como che avrebbe reso necessario l'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica.

Contestualmente il Comune comunicò l'avvio dei procedimenti di annullamento d'ufficio del Piano di recupero e del permesso di costruire.

Nel frattempo l'amministrazione locale, per comprendere se sulla zona in questione gravasse veramente un vincolo ambientale, interpellò la Soprintendenza che, a sua volta, ha deferito la questione alla Regione Lombardia, la quale nel gennaio 2016 ha riscontrato l'interesse paesaggistico di quelle aree ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. b), d.lsg. n. 42/2004.

Il 18 febbraio 2016, prima della conclusione dei procedimenti di autotutela *in itinere*, il Comune ha adottato l'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi n. 761.

A settembre 2016 i ricorrenti hanno messo al corrente il Comune e la Soprintendenza della loro intenzione di ottemperare all'ordine, chiedendo altresì agli enti interlocutori delucidazioni sulle modalità per procedervi.

Nel novembre 2016 il Comune ha autorizzato il ripristino dello stato dei luoghi secondo le modalità concordate.

Il 23 gennaio 2018 gli appellanti hanno presentato richiesta di autorizzazione paesaggistica per la realizzazione delle opere di ripristino e con decreto ambientale n. 1/2018 il Comune ha approvato il progetto di realizzazione delle opere di ripristino e contestuale messa in sicurezza sismica del fabbricato non demolito ed adeguamento alla normativa energetica.

A ottobre 2016 risale l'ulteriore comunicazione di avvio dei procedimenti di annullamento in autotutela del Piano di recupero e del permesso di costruire, questa volta fondata su un diverso profilo di illegittimità dei progettati interventi edilizi: la non conformità allo strumento urbanistico, in quanto nel calcolo del volume sarebbero state erroneamente computate superfici non edificabili e parte dell'ampliamento del fabbricato si sarebbe situato in zona urbanistica di cui all'art.17 delle NTA del PGT dove non sono ammessi piani Attuativi.

I provvedimenti ex art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990 n. 241 sono stati infine adottati a febbraio 2017.

3. I ricorrenti reiterano parte dei motivi di gravame già disattesi dal Tribunale.

3.1. Ripropongono la censura (la prima del ricorso NRG 785/2016) secondo la quale il Comune di Musso, per emettere l'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi, avrebbe dovuto dapprima annullare il Piano di recupero e il permesso di costruire.

A conforto della loro tesi invocano, tra l'altro, la sentenza di questo Consiglio di Stato, sez. VI, 14 novembre 2018, n. 6422, invece giudicata dal Comune appellato inconferente rispetto al caso di specie, in quel caso discutendosi di un'ordinanza demolitoria adottata sulla base del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380.

3.2. In secondo luogo ripropongono le doglianze (primo, quarto e quinto motivo del ricorso NRG 944/2017, e terzo motivo del ricorso 785/2016) appuntatesi sulla violazione delle regole procedurali che informano l'azione amministrativa "nel suo farsi" nella misura in cui l'amministrazione:

a) ha avviato, nel 2016, per la seconda volta, procedimenti di annullamento d'ufficio del Piano di recupero e del permesso di costruire ancorché quelli iniziati nel 2015 fossero ancora in corso e avessero a oggetto i medesimi atti comunali;

b) ha posto a fondamento dell'ultima azione amministrativa circostanze nuove mai dedotte fino a quel momento, sebbene ricavabili *ab origine* dal progetto allegato all'istanza di permesso di costruire (il superamento del limite della volumetria edificabile);

c) ha avviato i procedimenti in autotutela a distanza di anni dall'adozione degli atti che ne hanno formato oggetto (risalgono al 2013 la delibera C.C. di approvazione del Piano di Recupero e il permesso di costruire);

d) ha dapprima imposto la demolizione di quella porzione dell'edificio prospiciente il lago di Como e solo dopo svolto la verifica di regolarità del permesso di costruire sotto il profilo della compatibilità paesaggistica delle opere;

e) starebbe tuttora impedendo ai proprietari, nonostante le loro buone intenzioni, la messa in ripristino dello stato dei luoghi, sollevando perplessità sulle modalità di ricostruzione della parte di immobile *medio tempore* demolita, sulla documentazione presentata e sull'intervento da effettuare, senza tenere in adeguata considerazione la circostanza, rappresentata dagli interessati, che nella ricostruzione di quanto demolito i proprietari debbono adeguarsi alla normativa antisismica ed energetica recentemente novellata;

f) avrebbe inutilmente aggravato il procedimento, chiedendo continui pareri ad altre amministrazioni e ad esperti, esimendosi dal rispondere puntualmente alle osservazioni dei proprietari;

g) ha ingiunto il ripristino *motu proprio*, sottraendosi al contraddittorio con gli interessati ed i tecnici incaricati.

3.3. In terzo luogo gli appellanti reiterano i motivi di gravame (secondo e quarto del ricorso NRG 785/2016) per mezzo dei quali lamentano la violazione dei limiti temporali e motivazionali frapposti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 all'esercizio del potere di autotutela (l'omessa esplicitazione delle preminenti ragioni di interesse pubblico al ripristino dello *status quo ante*, la mancata valutazione comparativa dell'affidamento dei privati, il notevole lasso di tempo trascorso dall'adozione degli atti annullati d'ufficio); nonché la contraddittorietà dell'agire del Comune, che dapprima ha escluso espressamente (nella delibera di approvazione del Piano di recupero e nella Convenzione attuativa, nonostante i proprietari lo avessero in tal senso allertato) e implicitamente (avendo in passato autorizzato molteplici interventi costruttivi nelle immediate vicinanze all'impianto di depurazione) l'esistenza di vincoli di inedificabilità sull'area, per poi ricredersi con estremo e colposo ritardo al punto da pretendere l'ottenimento di un'autorizzazione paesaggistica.

La ragionevolezza del termine per l'annullamento d'ufficio, concludono gli appellanti, dovrebbe essere valutata proprio alla luce della descritta contraddittorietà dell'agire comunale.

3.4. Gli appellanti impugnano infine le statuizioni della sentenza di primo grado che hanno rigettato la domanda di condanna del Comune di Musso al risarcimento dei danni.

Il T.A.R., in effetti, affermata la propria giurisdizione sull'azione risarcitoria, vertendosi in una materia di giurisdizione esclusiva (*ex art. 133, comma 1, lett. f*), cod. proc. amm.), ha ritenuto negligente il comportamento complessivo del Comune, che, a più riprese, ha escluso l'esistenza di vincoli di inedificabilità invero agevolmente accertabili sin da subito attraverso una mera consultazione delle mappe catastali.

La ridotta distanza dalla battigia del lago di Como e dall'impianto di depurazione sono circostanze fattuali che l'amministrazione avrebbe potuto cogliere, secondo il T.A.R., con ordinaria diligenza: tanto che il verificatore non ha incontrato alcuna difficoltà a individuarli sulla base di una mera verifica cartolare.

A ciò si aggiunga la limitata estensione del territorio comunale e l'ubicazione dell'edificio all'interno del centro storico.

In ragione di ciò, la presunta complessità del procedimento amministrativo, scandita da una serie interminabile di adempimenti istruttori, non sfumerebbe la colpevolezza dell'amministrazione.

Tuttavia, sempre secondo la sentenza gravata, neppure gli appellanti sarebbero esenti da colpa dal momento che, pur consci della probabile esistenza di vincoli paesaggistici e ambientali (tanto da segnalarli nella richiesta di approvazione del Piano di Recupero), hanno sottoscritto la Convenzione senza assicurarsi, mediante opportune indagini istruttorie, della concreta edificabilità della zona.

La loro negligenza, secondo il primo giudice, rilevarebbe ai sensi dell'art. 1227, comma 1, cod. civ.: *id est* in punto di riduzione dell'area del danno risarcibile; nondimeno, la mancata prova in giudizio di quest'ultimo ha determinato il rigetto della relativa domanda

3.4.1. Pur ritenuta fondata nell'*an*, ancorché con una compartecipazione causale degl'interessati, la domanda risarcitoria è stata infatti rigettata dal T.A.R. per non esser stata raggiunta la prova del *quantum* del danno-conseguenza.

Nel fascicolo di primo grado i ricorrenti hanno depositato un quadro economico per spese sostenute o da sostenere in caso di ripristino dei luoghi, a cui hanno allegato:

- 1) un elenco di fatture con indicazione del nominativo del creditore, numero e data della fattura, relativo importo e le somme ancora da corrispondere;
- 2) la descrizione dei lavori svolti con indicazione dei relativi importi;
- 3) la descrizione dei prezzi stimati per la ricostruzione tenuto conto della metratura e dei costi per interventi simili in zona;
- 4) le spese legali (doc. 11 depositato il 10.10.2018 nell'ambito del ricorso NRG 785/2016). Sennonché tale conteggio non è stato supportato da altra documentazione idonea a dimostrare l'avvenuto esborso delle somme allegate o il costo degli esborsi futuri.

3.4.2. Il T.A.R. ha ritenuto di non poter supplire alla carenza probatoria svolgendo una valutazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.

Tale tecnica liquidatoria è ammissibile nel limite in cui l'attore si trovi nell'impossibilità obiettiva di provarne il preciso ammontare, tuttavia nel caso di specie il danneggiato, avendo puntualmente indicato le spese sostenute e sostenibili, ben avrebbe potuto produrre in giudizio anche evidenze documentali (ad es. quietanze di pagamento) che conferissero concretezza a quel quadro economico.

3.4.3. Né, infine, il *quantum debeatur* può ritenersi incontroverso in applicazione del principio di non contestazione dei fatti allegati ex art. 115 cod. proc. civ.

Vero è che il Comune si è preoccupato di contestare le somme conteggiate dai ricorrenti nella memoria di replica, ma non per questo la sua contestazione potrebbe ritenersi tardiva, visto che il sistema processuale amministrativo, a differenza di quello civilistico non consta di rigide preclusioni temporali. In altri termini, la controparte non sarebbe onerata di prendere posizione sul fatto prospettato dall'altra necessariamente nell'atto di costituzione in giudizio o nella memoria conclusionale ex art. 73 cod. proc. amm.

4. Gli appellanti insistono sulla idoneità della documentazione depositata in primo grado a dimostrare l'entità dei danni.

Essi hanno inoltre depositato nel presente grado di giudizio le fatture e i bonifici attestanti l'effettivo pagamento degli importi già sintetizzati nel quadro economico (doc. 1 e 2 allegati al ricorso in appello).

Osservano, onde fugare eventuali dubbi di ammissibilità della nuova produzione, come essa sia meramente integrativa di quella già acquisita dal T.A.R. e, in quanto tale, non veicolerebbe nel processo fatti nuovi.

La producibilità di una documentazione complementare, fanno notare, è stata consentita da Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019 n. 430 (la citata pronuncia è ritenuta inconferente rispetto al caso di specie dal Comune appellato).

Precisano poi come talune voci danno, quali i costi di ripristino dello stato dei luoghi e il danno da mancato utilizzo del bene, non si prestino a esser dimostrati mediante fatture e quietanze di pagamento, dal momento che gli uni non sono stati ancora sostenuti mentre l'altro sarebbe *in re ipsa* sulla scorta della massima di comune esperienza secondo cui il mancato godimento di una villa di particolare pregio per diverse stagioni turistiche configura tale pregiudizio.

Tali voci danno ben avrebbero potuto essere liquidate equitativamente.

Gli appellanti sostengono inoltre la tardività della contestazione comunale: a loro dire, l'amministrazione convenuta avrebbe dovuto mettere in discussione gli aspetti economici sin dalla prima memoria, trattandosi di documentazione versata in atti anteriormente all'udienza di discussione davanti al T.A.R.

Il riferimento è al quadro economico depositato nell'ambito del ricorso NRG 785/2016 e alle fatture prodotte il 9 maggio 2017 nell'ambito del ricorso NRG 944/2017 (doc. n. 53) e che ora vengono nuovamente depositate nel fascicolo d'appello.

Rinviando la loro contestazione alla memoria di replica, vale a dire all'ultimo atto difensivo utile, il Comune avrebbe di fatto precluso agli appellanti di controdedurre sul punto, in spregio ai principi del contraddittorio e della parità tra le parti processuali.

Peraltro, nella memoria di costituzione nel presente giudizio, il Comune di Musso non ha affatto messo in discussione la coincidenza tra gli importi indicati nell'allegato 1 al doc. 11 contenuto nel fascicolo di primo grado (NRG 944/2017) e quelli riportati nelle fatture prodotte in secondo grado, il che testimonierebbe del convincimento anche di controparte della loro natura meramente integrativa.

Tra l'altro, l'amministrazione appellata neppure si sarebbe preoccupata di contestare nel merito siffatta produzione documentale, che pertanto deve ritenersi non controversa e, come tale, provata.

Infine, muovendo dall'assunto che la prova dell'*an debeatur* sia stata raggiunta, denunciano l'errore del T.A.R. che sarebbe consistito nel non aver pronunciato una sentenza di condanna ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm., stabilendo i criteri in base il Comune di Musso avrebbe potuto formulare agli appellanti una proposta risarcitoria.

5. In conclusione, i ricorrenti insistono per la condanna al "risarcimento dei danni subiti dai ricorrenti, nella misura:

- di € 247.646,00 nell'ipotesi di annullamento dei provvedimenti impugnati e quindi nel caso in cui possa essere realizzato il progetto edilizio secondo il permesso di costruire rilasciato nel 2013;
- oppure di € 1.611.065,14 nell'ipotesi in cui non siano annullati i provvedimenti impugnati, con conseguente impossibilità di realizzazione del progetto edilizio;
- o comunque nella somma ritenuta di giustizia”.

6. Il Comune di Musso rivendica la legittimità della sua azione amministrativa e la correttezza del percorso motivazionale con cui il T.A.R. ha respinto i ricorsi di primo grado.

In estrema sintesi, osserva come l'unico esito possibile della riscontrata assenza dell'autorizzazione paesaggistica, imprescindibile in ragione della sussistenza di vincoli ambientali così come definitivamente accertati dal verificatore, fosse l'ordine di rimessione in pristino dei luoghi.

Alla censura di superfetazione del procedimento controbatte insistendo sulla necessità di demandare ad altri enti competenti gli accertamenti istruttori compulsati attraverso le varie richieste di pareri e chiarimenti.

Sono poi ritenuti rispettosi dei requisiti motivazionali e temporali i provvedimenti di annullamento d'ufficio del Piano attuativo di recupero e del permesso di costruire, contenendo essi, a dire del Comune, esaustive valutazioni dei profili di illegittimità di quegli atti e delle preminenti ragioni di pubblico interesse (tutela del territorio sotto il profilo paesaggistico, tutela del fondamentale diritto alla salute pubblica, salvaguardia del corretto sviluppo dell'edificazione sul territorio comunale nell'interesse della collettività e nel rispetto del principio della funzione sociale della stessa) rispetto a quelle antagoniste portate dai proprietari.

Con particolare riferimento allo sbarramento temporale dei 18 mesi introdotto dalla l. 7 agosto 2015 n. 124, dal contenuto dei provvedimenti di autotutela si evince come l'amministrazione abbia recepito l'orientamento giurisprudenziale che limita l'applicazione delle novità introdotte dalla citata riforma ai soli ai provvedimenti adottati successivamente alla sua entrata in vigore (il Piano di recupero e il permesso di costruire, si ricordi, risalgono al 2013), con interpretazione che il T.A.R. ha ritenuto legittima (si veda in tal senso il capo 8.8. della sentenza di primo grado).

Alla doglianza di parte appellante secondo cui il mancato ripristino dei luoghi è imputabile all'amministrazione il Comune replica che con decreto 3 luglio 2018, n. 1 è stato approvato il progetto di realizzazione delle opere di ripristino e contestuale messa in sicurezza sismica del fabbricato non demolito e adeguamento alla normativa energetica, ma ciò nonostante gli interessati non hanno provveduto a effettuare i relativi interventi.

6.1. Difese più ampie svolge il Comune intorno alla questione risarcitoria al punto da appellare in via incidentale i capi della sentenza di primo grado che hanno reputata fondata nell'*an debeatur* la relativa domanda.

Prima ancora di addentrarsi nel merito della questione, l'amministrazione convenuta eccepisce l'inammissibilità dei documenti depositati dall'appellante nel presente grado di giudizio, configurando essi un vero e proprio *novum* vietato dall'art. 104, comma 2, cod. proc. amm., giacché producibili nei consueti termini rispetto all'udienza di discussione del ricorso di primo grado NRG 944/2017 in quanto anteriormente formati.

Al di là di ciò, contrariamente a quanto affermato dall'appellante non si apprezzerebbe comunque coincidenza alcuna tra le fatture di cui al doc. n. 53 e i documenti contraddistinti come allegato 1 del doc. 11: le prime, infatti, risalirebbero agli anni 2010-2017 mentre le seconde agli anni 2013-2018.

Dopodiché il Comune appellato esclude ogni possibilità da parte del T.A.R sia di valutare e liquidare in via equitativa i danni lamentati, non avendo gli interessati assolto l'onere di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale dei pregiudizi di cui pretendono ristoro; sia di pronunciare una sentenza di condanna generica *ex art.* 34, comma 4. cod. proc. amm.

Diversamente opinando il giudice rimedierebbe a una colpevole dimenticanza difensiva della parte danneggiata gravata dell'*onus probandi*.

Il Comune ribadisce poi la tempestività della contestazione del quadro economico allegato come danno-conseguenza.

6.2. Con appello incidentale vengono quindi impugnati *“i capi della sentenza concernenti la ritenuta sussistenza di colpevolezza in capo al comportamento del Comune di Musso e la procedibilità della domanda risarcitoria”*.

Per quanto riguarda il primo aspetto, muovendo dall'assunto che i ricorrenti fossero da sempre a conoscenza dell'esistenza di vincoli di inedificabilità della zona, essendo stati messi al corrente dalla Soprintendenza già nel primo parere negativo dell'8 novembre 2011 e dal Comune stesso nel preavviso di diniego dell'istanza di permesso di costruire dell'agosto 2012, sostiene l'appellante incidentale che il T.A.R. avrebbe dovuto valutare la loro colpa non in vista dell'applicazione della disciplina sul concorso colposo del danneggiato nella causazione del danno, quanto ai fini di una netta esclusione in capo ai ricorrenti di un affidamento legittimo meritevole di una, pur ridotta, tutela riparatoria.

Non avendo l'amministrazione ingenerato affatto con la sua condotta una qualche fiducia negli appellanti nella legittimità dell'azione amministrativa, sarebbe venuto a mancare un primo elemento costitutivo della responsabilità da annullamento del provvedimento favorevole: l'induzione in errore inescusabile dei proprietari.

Come pure difetterebbe l'ultimo elemento costitutivo della responsabilità civile: il danno-conseguenza. Contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., la mancata prova delle perdite economiche subite non impedirebbe soltanto la quantificazione del danno ma, ancor prima, la possibilità di formulare un giudizio di fondatezza della domanda.

A questa obiezione gli appellanti replicano come ai fini della responsabilità civile dell'amministrazione rilevi (*recte*: sia sufficiente) la dimostrazione del (solo) c.d. danno-evento.

Per sostenere tale affermazione invocano la recente pronuncia di questo Consiglio di Stato, sez. IV, 4 aprile 2023 n. 3485.

7. Con memoria depositata in vista dell'udienza di discussione, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, la Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per la Città Metropolitana di Milano (già Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Milano) e la Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per le Province di Como, Lecco, Monza-Brianza, Pavia, Sondrio e Varese chiedono di essere, ancora una volta, estromessi dal giudizio, non vertendo esso su atti assunti dalle amministrazioni controinteressate, confermando *in parte qua* il capo della sentenza, invero non appellato, resa dal Tribunale.

8. In ragione della relazione di priorità logica che li lega alle restanti censure, devono essere esaminati, anzitutto, i motivi dell'appello principale con cui si censura la sentenza gravata nelle parti in cui ha rigettato le domande di annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

Il Collegio osserva in merito quanto segue.

8.1. Resiste ai motivi dell'appello principale il capo della sentenza impugnata che ha ritenuto legittima l'adozione dell'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi, ancorché non preceduta dall'annullamento del piano di recupero e del permesso di costruire.

Il T.A.R. ha infatti condivisibilmente fatto leva sull'assunto, ricavato dall'interpretazione del dato normativo (art. 167, comma 1, d.lgs. n. 42/2004), per cui, contrariamente a quanto argomentato dagli appellanti, l'atto presupposto dell'ordinanza demolitoria *ex art. 167 cit.* sia non già il permesso di costruire bensì l'autorizzazione paesaggistica prevista dal precedente art. 146, nel caso di specie non (più) richiesta al competente ente.

Dunque, la previa rimozione d'ufficio del titolo abilitativo non rappresenta un passaggio obbligato per ordinare il ripristino dello *status quo ante*.

8.1.1. I ricorrenti sostengono che, tanto al momento dell'approvazione del Piano di recupero quanto in occasione della sottoscrizione della Convenzione urbanistica, fu lo stesso Comune a non porsi il problema del significato paesistico-ambientale della zona, sebbene la probabile esistenza del relativo vincolo fosse stata da essi prospettata.

Il successivo rilascio del permesso di costruire n. 10/2013 avrebbe definitivamente consolidato il loro affidamento circa la non necessità di un'autorizzazione paesaggistica per procedere ai programmati lavori di ristrutturazione.

Fanno inoltre notare gli appellanti che non si sarebbe potuto chiedere a privati cittadini di surrogarsi in valutazioni riservate alle amministrazioni competenti, le quali, si ribadisce, fino al 2015 furono unanimi nell'escludere l'esistenza di vincoli ambientali.

8.1.2. Ad avviso del Collegio tali considerazioni non superano l'argomentazione del primo giudice: anche perché non investono l'oggetto proprio della censura, vale a dire la dedotta propedeuticità giuridica fra il provvedimento impugnato e quelli presupposti, ma attengono al diverso profilo dell'affidamento ingenerato dai provvedimenti ampliativi antecedenti l'ordinanza di rimessione in pristino.

Tale profilo, che sarà oggetto di esame in sede di scrutinio dei motivi inerenti la domanda risarcitoria, non incide comunque sul piano delle regole di validità, e segnatamente sullo specifico profilo di illegittimità dedotto.

8.2. Infondati sono pure i motivi dell'appello principale inerenti la pretesa violazione delle regole procedurali che vizierebbe i provvedimenti comunali impugnati.

Anche in questo caso tali censure non superano la condivisibile motivazione della sentenza gravata, laddove ha osservato come attraverso le numerose note susseguitesi tra gli anni 2015-2016 l'amministrazione abbia esaminato e rappresentato partitamente i tre profili di criticità via via rilevati (assenza dell'autorizzazione paesaggistica, collocazione dell'edificio nelle immediate vicinanze alle rive del lago di Como e al depuratore, progettazione di una volumetria superiore al consentito) ostativi all'autorizzazione degli interventi edilizi di ristrutturazione dell'immobile.

Né può sussistere un ragionevole dubbio di elusione dell'obbligo di tempestiva conclusione dell'*iter* amministrativo in base all'argomento del carattere sostanzialmente unitario dei quattro procedimenti in questione: i primi (iniziati nel 2015) avrebbero trovato una prosecuzione e un completamento nei secondi (avviati nel 2016), quest'ultimi poggiando su ulteriori elementi di criticità pur sempre riscontrati nell'ambito della medesima istruttoria.

Correttamente il T.A.R. ha poi ritenuto che nella fattispecie non può predicarsi una violazione del principio di non aggravamento del procedimento, in quanto tale indicazione normativa non costituisce un valore assoluto, ma criterio di azione da bilanciare con altri parametri altrettanto importanti espressi dalla clausola di buon andamento, e inerenti gl'interessi superindividuali della cui tutela è attribuita l'amministrazione.

La censura, peraltro, si pone in relazione di intrinseca contraddizione logica con quella, posta a fondamento della domanda risarcitoria, secondo la quale il Comune avrebbe poco e male approfondito la vicenda del vincolo paesaggistico (tanto da avvedersene tardivamente).

Nel caso di specie, le caratteristiche – complesse – del regime giuridico dell'intervento imponevano un vaglio di plurimi fattori, sicché il percorso procedimentale non risulta inutilmente aggravato, ma

piuttosto parametrato sui fatti e sugli interessi acquisiti al procedimento stesso (altra e diversa questione, oggetto dei motivi inerenti la domanda risarcitoria, è se tale percorso sia stato gestito con diligenza o meno).

L'esigenza di improntare l'agire procedimentale al buon andamento dell'azione amministrativa, costituente uno dei parametri di legittimità della stessa, giustificava gli approfondimenti istruttori disposti dal Comune affinché risultasse accertata la sussistenza di vincoli di inedificabilità gravanti sull'area, come poi emersi dalle indagini compiute dal verificatore.

8.3. Ad avviso del Collegio sono infondati anche i motivi dell'appello principale inerenti la legittimità dell'esercizio del potere di autotutela sul piano del rispetto dei vincoli cronologici.

Anche in questo caso il Collegio ritiene la sentenza gravata immune dai vizi prospettati.

Le censure cozzano infatti contro il dato del carattere vincolato dell'ordinanza demolitoria, la cui adozione s'impone una volta constatata la sussistenza di vincoli di inedificabilità, sulla cui esistenza il verificatore ha sgomberato ogni dubbio.

Data la natura vincolata del potere repressivo, l'eventuale precedente comportamento colposo del Comune non varrebbe a inficiare la legittimità del provvedimento finale, dovendo semmai tale atteggiamento ondivago essere valutato ai fini della domanda risarcitoria.

Sul punto va infatti ribadito che, come peraltro recentemente chiarito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 21/2021 (ma già affermato dalla sentenza della III Sezione n. 5758/2021), l'eventuale lesione dell'affidamento rileva unicamente sul terreno delle regole di responsabilità e non anche sul piano delle regole di validità.

Né la causa della consumazione del potere repressivo nei confronti degli appellanti potrebbe rinvenirsi nel pregresso rilascio di permessi di costruire a terzi, proprietari di immobili finitimi: una simile circostanza dovrebbe indurre l'amministrazione ad adoperarsi semmai per rimuovere quelle situazione abusive, posto che la disparità di trattamento non può essere invocata per ottenere il risultato di un'equiparazione ad una situazione d'illegittimità.

8.3.1. Per quanto concerne specificatamente il profilo cronologico, il T.A.R., ha ritenuto che il limite temporale introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124 "non può che riferirsi ai provvedimenti in autotutela di provvedimenti di primo grado adottati successivamente alla vigenza della legge".

Si tratta di un'esegesi della disposizione, supportata da plurimi argomenti, pacifica nella successiva giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (da ultimo, sez. V, sentenza n. 1074/2023; sez. II, sentenza n. 1706/2023), dalla quale il Collegio non ravvisa ragione per discostarsi.

Va peraltro osservato che, secondo il richiamato indirizzo giurisprudenziale, il ridetto sbarramento temporale opera solo nell'ipotesi di incolpevole affidamento del privato: il che, per le ragioni esposte

nella sentenza gravata (che – come si dirà – resistono ai motivi di appello formulati contro la stessa), non può dirsi avvenuto nel caso di specie.

8.3.2. Per gli appellanti principali, ancora, l'apparente complessità dei procedimenti amministrativi qui stigmatizzati, sulla quale ha insistito la difesa comunale, non varrebbe a giustificare l'estremo ritardo nell'esercizio del potere di autotutela, ed anzi si sarebbe tradotta in un'illegittima espropriazione sostanziale vietata dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale CEDU (una compressione senza giusta causa del diritto di proprietà, al di fuori degli schemi legali e nemmeno indennizzata).

L'argomento di censura è infondato.

Come si è ricostruito, la vicenda in esame ha riguardo al rilascio di un provvedimento in materia urbanistica, condizionato dalla concorrente presenza, sull'area in questione, di vincoli preordinati alla tutela di valori diversi dall'ordinato assetto del territorio, in quanto afferenti le cc.dd. "tutele parallele". Ferma restando la parte del mezzo in esame relativa al denunciato ritardo nell'esercizio del potere di autotutela, che sarà esaminata in sede di scrutinio della domanda risarcitoria (attenendo ad un profilo tale da non invalidare, una volta rigettata la censura di cui al punto precedente, la legittimità dei relativi provvedimenti amministrativi), la residua parte della censura in esame risulta priva del suo presupposto logico-giuridico.

L'adozione del provvedimento di autotutela, avvenuta comunque entro un termine ragionevole (anche alla luce della compartecipazione causale degl'interessati al tardivo esercizio del potere), non viola alcun parametro normativo: neppure quello di natura convenzionale dedotto dagli appellanti, posto che l'espropriazione sostanziale, o di valore, è nozione elaborata con riferimento ad un esercizio del potere conformativo della proprietà privata tale da svuotare il diritto dominicale del suo contenuto sostanziale, laddove nel caso di specie non è in contestazione, neppure da parte degli stessi appellanti, l'esercizio del potere conformativo, a tutela dei valori e degl'interessi collettivi, ma unicamente l'adozione dei provvedimenti applicativi, conseguenti alla conformazione del bene, sul terreno temporale.

Una simile prospettazione non può trovare accoglimento, dal momento che l'esposizione dell'esercizio delle facoltà dominicali al potere di autotutela dell'amministrazione (rispetto a provvedimenti permissivi), ove conforme – come nel caso di specie – alla disciplina di tale potere, ha riguardo al ripristino dell'uso del bene rispetto alla sua originaria conformazione (risultante dall'apposizione dei vincoli funzionali alla tutela degli interessi pubblici rilevanti), e non già ad una sottrazione di utilità legittimamente spettanti al proprietario.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 196 del 2004, aveva del resto chiarito, recependo un diffuso convincimento della dottrina più attenta e di parte della giurisprudenza, che la "primarietà" della tutela paesaggistica "non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei

concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni; in altri termini, la “primarietà” degli interessi che assurgono alla qualifica di “valori costituzionali” non può che implicare l’esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all’interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative”.

Il che è quanto avvenuto nel caso di specie (sia pure con tempistiche che gli appellanti principali ritengono, oltre che illegittime, illecite).

9. L’esame dei motivi dell’appello principale inerenti la domanda risarcitoria deve essere preceduto dall’esame dell’appello incidentale, che sul punto si pone in relazione di priorità logica.

Come accennato, il riconosciuto – da parte del T.A.R. – concorso dei ricorrenti nella causazione del danno secondo il Comune di Musso rileverebbe non già della sola prospettiva di limitazione del *quantum* risarcibile, ai sensi del primo comma dell’art. 1227, cod. civ.

L’appellante incidentale sostiene infatti che *“non vi era alcun affidamento incolpevole nel comportamento dell’A.C. e che, assente la dimostrazione della sussistenza dell’elemento psicologico in capo al privato, nessun danno poteva essere liquidato. La consapevolezza del privato nella sussistenza del regime vincolistico erroneamente escluso dall’A.C. non determina, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR (punto 13.6 sentenza), un bilanciamento delle rispettive responsabilità che rileverebbe sotto il profilo della misura del risarcimento da riconoscere al privato, bensì estingue ab origine il potenziale diritto al ristoro economico di quest’ultimo”*.

La censura è fondata, nei sensi e nei limiti di seguito precisati.

10. Nella fattispecie dedotta si controverte in materia di lesione dell’affidamento riposto dal privato in un provvedimento amministrativo ampliativo, successivamente annullato in autotutela.

In punto di fatto risulta inequivocamente che, come accertato nel giudizio di primo grado, *“appare certamente non improntato alla necessaria diligenza il comportamento dei ricorrenti che si limitano a segnalare la sussistenza di vincoli ambientali e paesaggistici nella richiesta di approvazione di un piano di recupero ma che, successivamente, sottoscrivono la convenzione con l’Ente comunale senza formulare sul punto obiezioni e senza effettuare gli approfondimenti necessari. Approfondimenti che la diligenza media avrebbe imposto in ragione della natura dell’intervento e del costo che il privato si accinge a sopportare per questo. Pertanto, se certamente privo di diligenza può ritenersi l’operato del Comune, allo stesso modo appare comunque colpevole l’omissione del privato che non effettua ulteriori accertamenti per il tramite dei propri tecnici”* (così il punto 13.5. della sentenza gravata).

La richiamata risultanza fattuale è stata però apprezzata dal primo giudice unicamente nella prospettiva di cui all’art. 1227, primo comma, cod. civ., vale a dire in relazione alla riduzione dell’area del danno risarcibile, in conseguenza del concorso causale.

Risulta in proposito parzialmente fondato il motivo in esame nella parte in cui deduce il rilievo totalmente escludente di tale concorso causale.

Una simile conclusione deriva infatti dall'applicazione, alla specifica fattispecie dedotta, della regola posta dal secondo comma del citato art. 1227: oltre che dall'applicazione della disciplina della responsabilità civile dell'amministrazione per lesione degli interessi legittimi.

Come recentemente ricordato dalla sentenza n. 4523/2023 della IV Sezione di questo Consiglio di Stato, la ricostruzione di tale disciplina come risultante dalle sentenze nn. 7, 19 e 21 del 2021 dell'Adunanza Plenaria, implica che l'affidamento tutelabile nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione, e più in generale sulla correttezza del suo operato, è una situazione giuridica soggettiva che trova protezione attraverso il rimedio del risarcimento del danno alle seguenti condizioni: *“l'affidamento tutelabile deve essere ragionevole e, quindi, incolpevole; esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento o con il suo comportamento correlato al pubblico potere e in cui il privato abbia senza colpa confidato; (...) la tutela di tale situazione soggettiva si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere e che dunque postulano che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustifichino; (...) l'affidamento deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento o con il suo comportamento correlato al pubblico potere e in cui il privato abbia senza colpa confidato”*.

Nel caso di specie, alla luce delle richiamate evidenze fattuali, risulta che al comportamento negligente dell'amministrazione abbia fatto riscontro un comportamento altrettanto negligente dei privati: i quali, pur consapevoli del regime vincolistico insistente sull'area, nulla abbiano obiettato in sede di atto – convenzionale – che tale regime non considerava, e che assentiva l'intervento (a quello stadio quanto meno di dubbia legittimità), mirando all'effetto ampliativo di tale atto pur conoscendone il limite contenutistico (in quanto riveniente da una loro sollecitazione), e dunque l'intrinseca precarietà in punto di possibile caducazione per illegittimità.

Essi, in altre parole, hanno consapevolmente accettato il rischio della precarietà dell'atto (che conoscevano, o che avrebbero dovuto conoscere) a fronte del beneficio immediato riveniente dall'effetto ampliativo dello stesso: affrontando i costi inerenti le spese relative alla realizzazione del manufatto.

Ciò esclude che possa ravvisarsi – alla luce del recente orientamento giurisprudenziale, formatosi dopo le richiamate sentenze dell'Adunanza Plenaria – un affidamento tutelabile.

La presentazione di un progetto non conforme alla normativa urbanistica e vincolistica esclude una responsabilità dell'amministrazione a seguito dell'annullamento del provvedimento favorevole

successivamente rilasciato, a ciò ostando il principio di autoresponsabilità che informa l'art. 1227, secondo comma, del codice civile.

Nel caso di specie il fatto del danneggiato, che non ha usato l'ordinaria diligenza per evitare il pregiudizio derivante dall'annullamento in autotutela del titolo, è consistito in un *quid pluris*, esattamente rappresentato nella sentenza gravata (alla luce della partecipazione al procedimento): vale a dire nella sottoscrizione della convenzione successivamente alla dialettica, insoluta, sul vincolo ostativo.

Tale fatto ha concorso in modo decisivo a non evitare il pregiudizio di cui si chiede il risarcimento: dunque non solo nella prospettiva della riduzione dello stesso, ma in quella, più radicale, considerata dal secondo comma del citato art. 1227.

10.1. Gli appellanti principali in memoria di replica obiettano che *“Gli odierni appellanti avevano il dubbio in merito all'esistenza del solo vincolo paesaggistico e hanno rappresentato il loro dubbio all'Amministrazione comunale prima che fosse deliberato il piano di recupero e rilasciato il titolo edilizio. Non spetta al privato trarre conclusioni, per inciso complesse. E non vi è stata alcuna omissione da parte dei proprietari, che si sono rivolti all'unico soggetto che può verificare l'esistenza del vincolo: la Pubblica Amministrazione”*.

L'affermazione invero non è condivisibile.

In primo luogo, l'esatta identificazione del regime dell'immobile oggetto del diritto dominicale non consegue ad un'attività di accertamento riservata all'amministrazione, ma è onere del proprietario (tanto più se intenda trasformare il bene in modo compatibile con tale regime).

Ciò che caratterizza la fattispecie in esame non è la mera formulazione della proposta edificatoria *contra legem* poi accolta: ma la specifica rappresentazione (e, dunque, consapevolezza) del profilo ostativo poi risultato decisivo per l'esercizio dell'autotutela, e ciononostante accettato in sede di stipula della convenzione.

In secondo luogo, non può sostenersi, a diversi fini, la facilità (per il Comune: con conseguente colpa) e la difficoltà (per i privati: con conseguente esenzione da colpa) di accertamento del vincolo in questione.

Non si tratta, come affermano gli appellanti principali in memoria di replica, di *“creare a favore del soggetto pubblico “zone franche” di responsabilità, introducendo un regime “speciale” e “privilegiato”, che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell'ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo esistente”*.

La compartecipazione dei privati non elide infatti la gravità della negligenza dell'amministrazione, come stigmatizzata dalla sentenza di primo grado.

Tuttavia, proprio in applicazione del regime – di diritto comune – della responsabilità civile improntato alla necessità che anche il danneggiato si adoperi per evitare il prodursi del danno, nel caso di specie si è accertata l'essenza dello sforzo diligente che, sulla base delle consapevolezze maturate, avrebbe impedito il pregiudizio lamentato.

10.2. Si tenga presente. In argomento, che l'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione segue in larga parte le regole civilistiche in materia d'illecito aquiliano.

L'unica regola positiva che il codice del processo amministrativo detta in materia di liquidazione del danno è la seconda parte del terzo comma dell'art. 30: *“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”*.

Si tratta, evidentemente, dell'applicazione alla materia della responsabilità civile della pubblica amministrazione del canone di cui all'art. 1227, secondo comma, cod. civ. (per un'applicazione, Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 8813/2019).

La declinazione del canone della diligenza con riguardo all'esperimento di ogni utile strumento di tutela non si riferisce evidentemente ai soli strumenti di tutela giurisdizionale, ma non può che essere correlata anche alla connotazione “partecipata” dell'attività amministrativa (specie nei provvedimenti in materia di edilizia ed urbanistica, quale quello dedotto in giudizio), con tutto ciò che ne consegue in un caso in cui il privato dimostri di avere avuto piena cognizione del vincolo gravante, in senso contrario, sull'intervento assentito .

La ricaduta disciplinare della partecipazione procedimentale è infatti una peculiare intensità dello sforzo diligente richiesto al preteso danneggiante per evitare la causazione del danno da provvedimento (affidante) illegittimo.

Un simile canone è del resto coerente con la generale previsione della tutela della buona fede e del principio di affidamento contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo (art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241: invocato dagli appellanti principali in memoria di replica).

Tale disposizione, aggiunta dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), esplicita un precetto ricavabile già dal primo comma del medesimo art. 1, laddove prescrive che l'attività amministrativa “è retta (...) dai principi dell'ordinamento comunitario”: a seguito della modifica dell'art. 1, primo comma, della legge n. 241 del 1990 operata dalla legge 15/2005, che ha indicato i “principi dell'ordinamento comunitario” fra i canoni cui deve uniformarsi l'attività amministrativa, il rinvio a tali principi, e fra essi a quello di buona fede, era normativamente divenuto un vero e proprio principio regolante l'attività amministrativa.

Si tratta di un onere richiesto ad entrambe le parti del procedimento, e non solo a quella pubblica: con ogni conseguenza – sistematica, e disciplinare – sulla ricostruzione delle caratteristiche dello sforzo diligente che si richiede per impedire la causazione del danno e per dare accesso, in caso di pregiudizio prodottosi nonostante tale sforzo, al rimedio risarcitorio.

Tanto che l'art. 5, comma 3, del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (recante "Codice dei contratti pubblici"), anch'esso evocato dagli appellanti principali in memoria di replica, con una disposizione avente un ambito applicativo specifico ma espressiva di un principio ricavabile dalle richiamate disposizioni della legge generale sull'attività amministrativa e del codice del processo amministrativo, stabilisce che in caso di annullamento in autotutela del provvedimento favorevole *"l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti"*.

La specificazione di una diligenza professionale non si impone solo *ratione materiae*, ma può essere conseguenza, come nel caso dedotto, del connotato concreto e specifico della fattispecie (nella quale la dialettica fra privati e amministrazione si è avvalsa di apporti specifici).

Né rileva, come dedotto in memoria dagli appellanti principali, la nazionalità straniera dei soggetti coinvolti, dal momento che essa – a tacer d'altro – non ha impedito (verosimilmente con l'ausilio di professionisti, anche in ragione dell'entità dell'intervento) una consapevole dialettica endoprocedimentale proprio sul punto controverso.

11. L'accoglimento, nei sensi specificati, dell'appello incidentale rende improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse le censure dell'appello principale relative alla liquidazione del danno risarcibile, e prima ancora all'avvenuta dimostrazione in giudizio del danno-conseguenza.

I singoli profili di censura dedotti con l'appello principale risultano, oltre che improcedibili, comunque infondati in quanto:

– come chiarito dalla sentenza di questo Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5643/2020: *"In materia di onere della prova incombente sul danneggiato va rammentato, come recentemente riaffermato dalla Sezione nella sentenza n. 4336/2020, il pacifico orientamento della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato secondo il quale "nel processo amministrativo l'azione risarcitoria, sebbene connotata da alcune peculiarità, rientra nel genus della responsabilità aquiliana, sicché ai sensi del principio generale contenuto nell'art. 2967 c.c., il danneggiato deve offrire la prova in ordine a tutti gli elementi costitutivi della domanda" (Sez. VI, sentenza n. 5387/2020)"; la già citata sentenza n. 3269/2020 della II Sezione ha poi in proposito specificato che "Per ogni ipotesi di responsabilità della p.a. per i danni causati per l'illegittimo esercizio (...) dell'attività amministrativa, spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; se anche può ammettersi il*

ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise e quando il soggetto onerato della allegazione e della prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito (Cons. Stato Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271)" (in argomento, più di recente, VII Sezione, sentenza n. 3094/2023);

– il problema della prova del danno-conseguenza è logicamente diverso da quello della sua liquidazione: il preteso danneggiato non può invocare “la pretesa ad una valutazione equitativa del danno, atteso che l'art. 1226 c.c. si riferisce al solo quantum debeatur, aprendo alla valutazione equitativa “se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare”; non certo all'an debeatur, ovvero alla prova della sussistenza del danno, che resta ovviamente a carico del ricorrente, ma che nel presente giudizio non è stata offerta (se non in termini alquanto generici)” (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4514/2021);

– considerazioni identiche valgono per il danno non patrimoniale: “Va richiamato in argomento, “il consolidato orientamento della giurisprudenza che nega, in ogni caso, la sussistenza di un danno non patrimoniale in re ipsa: superata infatti la teorica del c.d. “danno evento” (elaborata dalla sentenza n. 184/1986 della Corte costituzionale in tema di danno biologico, ma oggetto di revirement, da parte dello stesso giudice delle leggi, con la sentenza n. 372/1994), il danno risarcibile, “nella sua attuale ontologia giuridica... non si identifica con la lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento, ma con le conseguenze di tale lesione” (così Cass. 15/7/2014, n. 16133). Il danno non patrimoniale non è dunque risarcibile in re ipsa né se deriva da reato (Cass. 12/4/2011, n. 8421); né se è tipizzato dal legislatore (in tema di tutela della privacy: Cass. 26/9/2013, n. 22100; Cass. 15/7/2014, n. 16133; in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo: Cass. 26/5/2009, n. 12242); né se, come nel caso che ci occupa, trova fonte in un'asserita lesione di diritti costituzionalmente garantiti, come il diritto alla libertà di iniziativa economica o alla reputazione professionale: sul punto, in termini chiarissimi, si veda, tra le tante, la recente Cass. 6/12/2018, n. 31537, secondo la quale “In tema di responsabilità civile derivante da pregiudizio all'onore ed alla reputazione, il danno risarcibile non è “in re ipsa” e va pertanto individuato, non nella lesione del diritto inviolabile, ma nelle conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di tale danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, e la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice sulla base, non di valutazioni astratte ma del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e provato”. Né la circostanza per cui il danno non patrimoniale sia liquidato in via equitativa dal giudice può supplire al difetto di prova, atteso che l'art. 1226 c.c. si riferisce al solo quantum debeatur, aprendo alla valutazione equitativa “se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare”; non certo

all'an debeatur, ovvero alla prova della sussistenza del danno, che resta ovviamente a carico del ricorrente, ma che nel presente giudizio non è stata offerta, né prospettata in concreto” (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4336/2020)” (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 6546/2020);

– la mancata prova del danno non è surrogabile nemmeno, ad opera di una richiesta di consulenza tecnica d’ufficio: *“Per costante giurisprudenza, infatti, “la C.T.U. non può essere invocata per supplire al mancato assolvimento dell’onere probatorio da parte del privato (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 marzo 2020, n. 2121; Sez. IV, 15 dicembre 2011 n.6598). La consulenza tecnica non esonera, infatti, la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell’onere della prova posti dall’art. 2697 c.c., avendo la funzione di fornire all’attività valutativa del giudice l’apporto di cognizioni tecniche non possedute, anche in relazione alle modalità di quantificazione di un danno già provato, al fine di verificare i criteri di quantificazione forniti dalle parti (Cons. Stato Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271)” (così, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. II, sentenza n. 3269/2020)” (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 5643/2020);*

– conseguentemente, il difetto di prova circa l’entità del danno-conseguenza attiene alla dimostrazione del pregiudizio e non alla sua liquidazione: sicchè è inconferente il richiamo all’istituto della condanna generica *ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm.*, che presuppone invece la sussistenza di tutti gli elementi della fattispecie d’illecito, ed il rinvio ad una (mera) applicazione di criteri di liquidazione indicati dalla sentenza stessa;

– non è pertinente, per supportare l’asserzione secondo la quale sarebbe sufficiente la prova del danno-evento, neppure il richiamo alla sentenza di questo Consiglio di Stato, n. 3485/2023, che non ha avallato tale prospettazione: limitandosi a precisare, coerentemente all’indirizzo sopra richiamato, che *“In relazione alle conseguenze, la fattispecie illecita, così come sopra individuata, deve essere connessa ai pregiudizi diretti e immediati, subiti dalla parte danneggiata, di carattere patrimoniale o non patrimoniale (cd. danno conseguenza, nella forma del danno emergente e del lucro cessante) (Cons. Stato, sez. VI, 9 settembre 2021, n. 6240). La prova del fatto illecito è a carico del danneggiato”;*

– la tardività della produzione documentale, eseguita solo nel presente giudizio, dei documenti contabili attestanti gli esborsi subiti, è stata eccepita dal Comune appellato; tale eccezione, cui hanno replicato in memoria gli appellanti principali, è fondata, in quanto i documenti tardivamente prodotti solo nel giudizio di appello non sono meramente integrativi di quelli prodotti in primo grado, dal momento che suppliscono proprio ad una carenza probatoria riscontrata dal primo giudice ed attengono alla dimostrazione dell’esistenza di profili di pregiudizio di cui si è data con essi evidenza probatoria per la prima volta; essi, inoltre, non sono indispensabili ai fini della decisione, proprio in ragione dell’assorbente rilievo dell’accoglimento dell’appello incidentale;

– gli appellanti principali non hanno dimostrato l'esistenza di un'impossibilità oggettiva ed assoluta che ha impedito il tempestivo deposito di tale documentazione;

– il Comune di Musso ha contestato in primo grado la dimostrazione del danno-conseguenza: la dedotta questione della ritenuta tardività di tale contestazione è allo stato priva d'interesse, proprio in ragione della decisione sull'appello incidentale.

12. Va confermata la statuizione della sentenza di primo grado, di estromissione dal giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali – Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Milano, della Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Como, Lecco, Monza-Brianza, e della Regione Lombardia, destinatari del ricorso in appello.

13. L'appello principale va dunque respinto perché improcedibile ed infondato.

Pertanto la sentenza gravata va confermata, nel senso del rigetto delle domande (caducatorie e risarcitorie) proposte in primo grado, ancorché con diversa motivazione per effetto dell'accoglimento, nei sensi indicati, dell'appello incidentale.

Sussistono le condizioni di legge per disporre la compensazione fra tutte le parti delle spese del presente giudizio, alla luce della complessità delle questioni trattate e del fatto che la giurisprudenza richiamata si è assestata a seguito dell'intervento nomofilattico successivo alla sentenza di primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

– respinge l'appello principale e accoglie, nei sensi di cui in motivazione, l'appello incidentale, e, per l'effetto, conferma, con diversa motivazione, la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le domande di annullamento e di risarcimento proposte in primo grado;

– conferma l'estromissione dal presente giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali – Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Milano, Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Como, Lecco, Monza-Brianza, e della Regione Lombardia;

– compensa le spese del presente giudizio.

Ordina che la sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Sergio Zeuli, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Marco Morgantini, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

IL SEGRETARIO

