



N. 2110/06 Reg. Sent.

N. 314/2000 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
(Sezione II)
ha pronunciato la seguente
SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 314/2000 proposto dal sig. Bertolotti Serafino, quindi dalla sig.ra Anna Besch, quale erede dello stesso, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Antonietta Aversa e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marcantonio Gueritore, in Milano, via S. Antonio 2

contro

il Comune di Varese

in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Bonomi e con domicilio eletto presso lo Studio legale Fumagalli – Grando, in Milano, corso di Porta Vittoria 10

per la condanna

del Comune di Varese al risarcimento tutti i danni subiti e subendi dal ricorrente a cagione dell'illegittimo mancato rilascio di concessione edilizia per la costruzione di una stalla per l'allevamento di suini in Varese, via Novellina, nonché della persistente ed illecita inerzia del Comune nonostante l'esistenza di due sentenze del T.A.R. Lombardia (n. 1129/95 e n. 520/97) favorevoli al rilascio medesimo, ritualmente notificate al Comune di Varese, non impugnate e passate in giudicato, danni da quantificarsi in almeno complessivi €547.495,00 (cinquecentoquarantasettemila/00) o nella misura, maggiore o minore, da determinarsi in corso di causa, con eventuale liquidazione ai sensi dell'art. 1226 c.c.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Varese;

VISTO l'atto di volontaria prosecuzione del giudizio depositato il 9 agosto 2004 dalla sig.ra Anna Besch, quale erede universale del sig. Serafino Bertolotti;

VISTE le memorie ed i documenti depositati dalle parti;

VISTI tutti gli atti di causa;

NOMINATO relatore alla pubblica udienza del 6 aprile 2006 il Referendario dott. Pietro De Berardinis ed udito lo stesso;

UDITI i procuratori presenti delle parti costituite, come da verbale d'udienza;

RITENUTO in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

L'originario ricorrente, sig. Bertolotti Serafino, presentava in data 6 agosto 1990 istanza al Comune di Varese di rilascio di una concessione edilizia per poter costruire sui terreni di sua proprietà situati in via Novellina (mappali nn. 1159, 1353, 1295, 1160) un fabbricato da usare come stalla per trecentocinquanta suini.

Nel corso dell'istruttoria venivano acquisiti l'autorizzazione regionale, ai sensi della l. n. 1497/1939, il parere favorevole del Consorzio Provinciale per la tutela e la salvaguardia delle acque del Lago di Varese (emesso in data 10 gennaio 1991, poi ribadito il 17 giugno 1992), nonché il parere favorevole della U.S.S.L. n. 3 di Varese (emesso il 19 giugno 1991, poi ribadito in data 14 aprile 1992 e, subordinatamente alle condizioni in esso contenute, in data 8 settembre 1992). Da ultimo, in data 15 ottobre 1992 interveniva il parere favorevole della Commissione Edilizia.

Nondimeno, il Comune di Varese, dopo avere richiesto all'interessato la redazione di un progetto di captazione ed abbattimento degli odori – richiesta evasa in data 25 febbraio 1994 – in data 28 giugno 1994 notificava al sig. Bertolotti provvedimento di diniego di rilascio della concessione edilizia.

Il diniego era impugnato davanti a questo T.A.R. con ricorso R.G. n. 4229/1994. Il T.A.R. Milano, con sentenza di questa Sezione n. 1129 dell'8 giugno 1995 (notificata il 7 novembre 1995), accoglieva il ricorso e per l'effetto annullava il provvedimento gravato.

Il Comune soccombente non impugnava la sentenza e, di fronte alla richiesta di provvedere da parte dell'interessato, comunicava di aver deciso di acquisire dalla U.S.S.L. un ulteriore parere, che poi veniva inviato al sig. Bertolotti in data 19 febbraio 1996.

Con successivo provvedimento del 15 marzo 1996, a firma dell'Assessore all'Urbanistica ed Edilizia Privata del Comune di Varese, l'Amministrazione sospendeva ogni determinazione sulla domanda di concessione edilizia, atteso il contrasto tra le indicazioni progettuali e la variante generale al P.R.G. adottata con deliberazione del Consiglio Comunale n. 233 del 28 dicembre 1995, dunque successiva alla notifica della sentenza.

Anche il provvedimento di sospensione era impugnato davanti a questo T.A.R. con ricorso R.G. n. 2176/1996. Il T.A.R. Milano, con sentenza di questa Sezione n. 520 del 27 marzo 1997 (notificata il 20 maggio 1997) accoglieva il ricorso e per l'effetto annullava l'atto gravato, sottolineando in particolare come il Comune fosse tenuto ad applicare la normativa urbanistica vigente e non la variante al P.R.G., ancora *in itinere* ed adottata dopo la notifica, al Comune, della sentenza di annullamento del precedente diniego.

In data 6 giugno 1997 l'interessato richiedeva di nuovo il rilascio della concessione edilizia, avvertendo che in difetto avrebbe esperito il giudizio di ottemperanza.

In riscontro a tale istanza, il Comune di Varese, con nota del 10 luglio 1997, rendeva nota la decisione di non impugnare la sentenza e di attivare gli Uffici comunali competenti per dare esecuzione alle decisioni assunte dal T.A.R. Lombardia. Ciononostante, l'Amministrazione continuava a rimanere inerte.

Pertanto, in data 19 maggio 2000 l'interessato promuoveva il ricorso per ottemperanza, in esito al quale il Commissario *ad acta* rilasciava, in data 27 giugno 2003, con provvedimento P.G. n. 37294, la richiesta concessione edilizia. La concessione veniva rilasciata alla sig.ra Anna Besch, essendo il sig. Bertolotti deceduto il 18 giugno 2002.

Nel frattempo, in data 14 gennaio 2000, il sig. Bertolotti aveva proposto il ricorso indicato in epigrafe, con il quale, dolendosi del comportamento inerte serbato dall'Amministrazione comunale ed asserendo l'illiceità del comportamento stesso, domandava il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa del mancato rilascio della concessione edilizia.

Il risarcimento veniva calcolato, sulla base di un apposito prospetto analitico depositato, con riferimento ai mancati utili realizzabili ed ai maggiori oneri di costruzione preventivabili, e quantificato in £. 1.000.000.000 (€516.456,90).

A seguito del decesso del ricorrente, la sig.ra Anna Besch, in qualità di erede universale del defunto, si costituiva volontariamente in giudizio ai sensi dell'art. 299 c.p.c., depositando in data 9 agosto 2004 apposita memoria di costituzione.

Si costituiva in giudizio il Comune di Varese, depositando, nell'imminenza dell'udienza pubblica, memoria con cui eccepiva, preliminarmente, l'intervenuta estinzione del giudizio per la sua mancata riassunzione nei termini, ai sensi dell'art. 24 della l. n.1034/1971, e, nel merito, l'infondatezza del ricorso, di cui chiedeva perciò la reiezione.

La ricorrente sig.ra Besch ha, a sua volta, depositato memoria, insistendo per l'accoglimento del gravame. Ha altresì depositato relazione tecnica, con cui ha quantificato il risarcimento del danno in complessivi €547.495,00, dei quali €428.162,00 ascrivibili agli utili mancati ed €119.333,00 a titolo di maggiori costi di costruzione sostenuti.

All'udienza del 6 aprile 2006 la causa è stata riservata dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso indicato in epigrafe viene domandato il risarcimento del danno cagionato dal ritardo nel rilascio di una concessione edilizia per poter edificare un fabbricato da adibire a stalla per suini.

La richiesta concessione edilizia è stata, infatti, dapprima negata dall'Amministrazione, con provvedimento poi annullato da questo Tribunale.

In un secondo momento, il Comune ha adottato un provvedimento soprassessorio, anch'esso successivamente annullato da questo Tribunale.

Infine, l'Amministrazione è rimasta inerte, tanto che al rilascio della suddetta concessione si è poi addivenuti con atto del Commissario *ad acta*, in seguito ad esperimento del giudizio di ottemperanza.

A questo proposito, non può si dubitare dell'appartenenza della controversia risarcitoria in esame alla giurisdizione di questo Tribunale anche per la parte di pretesa relativa al periodo di inerzia della P.A., attese le conclusioni raggiunte sul punto dalla giurisprudenza (C.d.S., A.P., 15 settembre 2005, n. 7).

All'originario ricorrente, sig. Bertolotti Serafino, deceduto nelle more del giudizio in data 18 giugno 2002, è subentrata la vedova ed erede universale, sig.ra Anna Besch, costituitasi in giudizio con memoria del 25 luglio 2004, depositata il 9 agosto 2004.

In proposito, ritiene, pertanto, il Collegio di dover esaminare in via preliminare l'eccezione formulata dal Comune resistente, di intervenuta estinzione del giudizio per la sua mancata riassunzione nei termini di legge, ai sensi dell'art. 24 della l. n. 1034/1971.

In particolare, la difesa comunale, premesso che il decesso del ricorrente costituisce causa di interruzione del processo qualora il procuratore della parte deceduta comunichi il suddetto evento nel corso del giudizio, evidenzia come, con la già citata memoria del 25 luglio 2004, il procuratore del ricorrente abbia reso noto il decesso di quest'ultimo, così determinando la interruzione del processo. A partire da tale momento, pertanto, ai sensi dell'art. 24 della l. n. 1034/1971, il processo avrebbe dovuto essere riassunto, a cura della parte più diligente, con apposito atto notificato a tutte le altre parti nel termine di sei mesi, a pena, in caso contrario, di estinzione del giudizio. Poichè, però, nel summenzionato termine di sei mesi dalla legale conoscenza dell'atto interruttivo – e cioè dalla comunicazione, con la memoria del 25 luglio 2004, del decesso del sig. Bertolotti – nessuna delle parti ha provveduto alla riassunzione, se ne dovrebbe dedurre l'intervenuta estinzione del processo.

L'eccezione non può essere accolta.

Nello specifico, il Collegio ritiene di non poter condividere la ricostruzione del significato della memoria del 25 luglio 2004 proposta dalla difesa comunale.

Dall'esame di tale atto si ricava, infatti, che esso costituisce non, come pretende il Comune di Varese, la mera dichiarazione dell'evento interruttivo (morte) avveratosi nei confronti della parte che si è costituita a mezzo di procuratore, effettuata da quest'ultimo ai fini della interruzione del processo, *ex art. 300*, primo e secondo comma, c.p.c..

La memoria in parola rappresenta, invece, ai sensi del combinato disposto degli artt. 299 e 300, secondo comma, c.p.c., applicabili in base al rinvio ad essi operato dall'art. 24, primo comma, della l. n. 1034/1971, atto di costituzione volontaria in giudizio della sig.ra Anna Besch, quale erede universale del defunto originario ricorrente e, perciò, quale soggetto cui spettava proseguire il processo *ex art. 299* c.p.c..

Invero, come precisato dalla giurisprudenza (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. III, 25 agosto 1994, n. 7507), per il disposto degli artt. 299 e 300, secondo comma, c.p.c., la morte della parte costituita, dichiarata in udienza dal suo procuratore o da quest'ultimo notificata alle altre parti, comporta la conseguenza automatica dell'interruzione del processo, eccetto che coloro ai quali spetta proseguirlo si costituiscano volontariamente (ovvero che l'altra parte provveda a citarli in riassunzione).

Se ne deduce l'infondatezza dell'eccezione del Comune resistente.

Ed infatti, non essendosi verificata nel caso di specie nessuna interruzione del processo, non si può addivenire ad alcuna declaratoria di estinzione del processo interrotto per la mancata tempestiva riassunzione dello stesso.

Piuttosto, a dubbi potrebbe dar luogo la circostanza che la suddetta memoria di costituzione del 25 luglio 2004 sia stata solo depositata in atti (il 9 agosto 2004), ma non anche notificata al Comune di Varese.

Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che, in caso di morte della parte costituita, l'erede che si costituisca spontaneamente non deve notificare alle controparti il suo atto di costituzione, qualora questo (com'è appunto per la fattispecie in esame) non contenga domande nuove rispetto a quelle proposte dalla parte deceduta, valendo pure in tal caso il principio generale espresso dall'art. 170 c.p.c., in base al quale le comparse e le memorie si comunicano con il deposito in cancelleria (Cass. civ., Sez. Lav., 24 giugno 1998, n. 6275).

Nel caso di specie, essendo stato l'atto di costituzione volontaria depositato in cancelleria in data 9 agosto 2004, se ne desume il rispetto del principio di cui all'art. 170 c.p.c. e dunque la regolare prosecuzione del giudizio da parte dell'avente titolo.

Passando all'esame del merito del ricorso, ritiene il Collegio che esso sia fondato e pertanto meritevole di accoglimento, nei limiti di seguito precisati.

In particolare, ritiene il Collegio che l'operato complessivo del Comune di Varese nel caso di specie integri gli estremi del comportamento illecito, fonte di responsabilità civile per la P.A. e di un danno risarcibile per il privato interessato.

Il predetto comportamento si è concretizzato in una prima fase, dopo lo svolgimento di una accurata istruttoria procedimentale, nell'adozione di un provvedimento negativo sull'istanza di rilascio della concessione edilizia, poi annullato da questa Sezione con sentenza n. 1129 del 22 settembre 1995, in quanto illegittimo sotto un duplice profilo: da un lato, perché il diniego è stato pronunciato in esclusiva applicazione dell'art. 216 t.u.l.s., norma igienico-sanitaria preordinata alla tutela della salute della comunità, laddove invece la concessione edilizia, come la Sezione aveva già avuto modo di affermare, va rilasciata o negata in base alla sola conformità o meno con la disciplina urbanistico-edilizia. D'altro lato, perché l'art. 216 cit. non preclude in assoluto l'attivazione, negli abitati, di industrie insalubri di prima

classe, purchè l'industriale che li esercita provi che, per l'introduzione di nuovi metodi o di speciali cautele, il suo esercizio non reca nocimento alla salute del vicinato: nella vicenda in esame, avendo il richiedente presentato in proposito uno specifico progetto, è però mancata la valutazione di quest'ultimo.

In una seconda fase, poi, il comportamento del Comune di Varese si è tradotto non già nel rilascio della concessione edilizia, ma in un provvedimento soprassessorio, motivato con il contrasto della concessione stessa con la variante generale al P.R.G. nel frattempo adottata (peraltro posteriore alla notifica della succitata sentenza del T.A.R.).

Quest'ultima circostanza, ossia l'adozione della variante successivamente alla notifica della sentenza favorevole al richiedente, ha tuttavia portato all'annullamento, da parte di questa Sezione, con la decisione n. 520/1997, anche del predetto provvedimento soprassessorio, avendo il Collegio richiamato la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (n. 1/1986), per la quale non sono opponibili all'interessato le variazioni apportate allo strumento urbanistico dopo la notificazione della sentenza di accoglimento del ricorso contro il diniego o contro il silenzio-rifiuto formatosi sulla domanda di concessione edilizia.

Successivamente a quest'ultima sentenza, infine, l'Amministrazione comunale ha tenuto un atteggiamento di inerzia, non dando esecuzione alla stessa, tanto è vero che al rilascio della concessione edilizia si è arrivati solo nel 2003, con atto del Commissario *ad acta* nominato da questo Tribunale in sede di giudizio di ottemperanza ai giudicati formatisi sulle sentenze n. 1129 del 1995 e n. 520 del 1997.

Così sintetizzato il comportamento tenuto dal Comune nel caso in esame, ritiene il Collegio che in esso si rinvergono sia l'elemento oggettivo, sia quello soggettivo della responsabilità civile della P.A.: questo anche a voler tenere ferma la tradizionale ricostruzione della stessa in chiave di responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, senza accedere all'impostazione più innovativa della cd. responsabilità da contatto sociale qualificato (su cui cfr. C.d.S., Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239).

Ed infatti, l'elemento oggettivo risulta, per un verso (pluralità di condotte commissive e poi omissive da parte dell'Amministrazione), dalla stessa descrizione dei fatti appena esposta e pacificamente riscontrabile dalla documentazione versata in atti.

Per altro verso, e con specifico riguardo al profilo della sussistenza del danno, rinviando a quanto si dirà più oltre circa la quantificazione di esso, non pare dubitabile il verificarsi di un pregiudizio in capo al richiedente la concessione a causa del comportamento illecito del Comune, essendo il medesimo richiedente un imprenditore agricolo che già svolgeva una attività di allevamento di bestiame in altra stalla (v. pag. 3 della sentenza di questo T.A.R. n. 1129/1995) e per il quale il rilascio della concessione edilizia rappresentava una condizione imprescindibile per poter espandere la suddetta attività.

Sul punto, giova aggiungere che anche la sig.ra Anna Besch, erede del ricorrente originario, ha acquisito la qualifica di imprenditore agricolo, con iscrizione alla C.C.I.A.A. – registro delle imprese di Varese, nella sezione piccoli imprenditori e coltivatori diretti, presentando in data 29 settembre 2002 istanza di volturazione della domanda di concessione.

Il mancato tempestivo rilascio della concessione edilizia ha quindi impedito al richiedente di ottenere gli utili preventivati dallo svolgimento di un'attività imprenditoriale.

Non si può, pertanto, nemmeno dubitare della sussistenza del nesso di causalità tra l'illecito comportamento dell'Amministrazione (estrinsecatosi dapprima in provvedimenti illegittimi e poi in un atteggiamento inerte) ed il pregiudizio lamentato dall'interessato.

Sul punto si ricorda che, secondo la giurisprudenza (C.d.S., A.P., n. 7/2005 cit.), il sistema di tutela degli interessi pretensivi non comporta il risarcimento del danno per il semplice

fatto del ritardo nell'emanazione del provvedimento e quindi a prescindere dal contenuto di quest'ultimo.

Il passaggio a riparazioni per equivalente è ammesso soltanto quando l'interesse pretensivo assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e perciò la mancata emanazione – o il ritardo nell'emanazione – di un provvedimento di contenuto vantaggioso per l'interessato, capace di permettere a quest'ultimo di conseguire un bene della vita.

Ciò è precisamente quanto si è verificato nel caso di specie, in cui il provvedimento adottato in ritardo, e solo grazie all'intervento del Commissario *ad acta* nominato in sede di giudizio di ottemperanza, ha contenuto positivo per il privato interessato.

Quanto, infine, all'elemento soggettivo, si è già accennato all'accoglimento, ad opera di una parte della giurisprudenza, della teoria del cd. contatto sociale qualificato, alla cui stregua la responsabilità della P.A. per i danni derivanti dall'adozione di un atto illegittimo, per quanto concerne i meccanismi di accertamento della colpa, opererebbe secondo schemi analoghi a quelli propri della responsabilità per inadempimento contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, o della responsabilità per violazione dei doveri di correttezza sussistenti nella fase delle trattative contrattuali (C.d.S., Sez. V, n. 4239/2001 cit.).

In particolare, con specifico riferimento al contatto cd. provvedimentoale, si è osservato che il contatto con l'Amministrazione può far sorgere un affidamento in capo al privato, con il corollario della risarcibilità dell'affidamento poi disatteso (cfr. sul punto T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 27 luglio 2005, n. 3438).

In questa prospettiva, perciò, sarebbe a carico del privato solo l'allegazione del danno patito e della sua riconducibilità eziologica all'adozione o esecuzione del provvedimento viziato, o ancora, all'inerzia della P.A., essendo, viceversa, onere dell'Amministrazione di dimostrare la propria incolpevolezza per mezzo della deduzione di elementi di fatto e di diritto idonei a documentare la ricorrenza di un errore scusabile e, quindi, a provare l'assenza di colpa nel suo operato.

Ed invero, la vicenda in esame si potrebbe configurare come un'ipotesi di responsabilità da cd. contatto provvedimentoale, tenuto conto che i pareri acquisiti dal Comune nel corso della istruttoria erano stati, in linea di massima, favorevoli al rilascio della concessione.

Tuttavia, il Collegio ritiene preferibile l'orientamento espresso da quell'altra giurisprudenza (C.d.S., Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32), secondo cui, restando, ai fini dell'inquadramento della responsabilità civile della P.A., all'interno degli schemi e della disciplina dell'illecito aquiliano, il privato danneggiato può comunque utilizzare le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. per provare la colpevolezza dell'Amministrazione.

In tale ottica, infatti, il privato danneggiato, sebbene onerato della dimostrazione della colpa della P.A., è agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari (pure se con i connotati previsti dalla legge) acquisibili con più facilità delle prove dirette, quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il suo apporto partecipativo al procedimento.

Così acquisiti gli indici rivelatori della colpa, spetterà invece alla P.A. allegare gli elementi, anch'essi indiziari, comprovanti l'errore scusabile, che il giudice valuterà liberamente onde stabilirne l'idoneità ad escludere la colpevolezza dell'Amministrazione. A tal fine, avranno particolare rilevanza il fatto che il funzionario pubblico si sia trovato di fronte ad un quadro normativo confuso e privo di chiarezza, o con una giurisprudenza oscillante sulla questione esaminata, nonché il fatto che la realtà fattuale analizzata implicasse valutazioni scientifiche complesse o verifiche difficoltose della realtà stessa.

In definitiva, pertanto, la ricostruzione ora esposta, cui il Collegio ritiene di aderire, tenendo fermo l'inquadramento della responsabilità civile della P.A. nella cornice dell'art. 2043 c.c., ma con la surriferita semplificazione dell'onere probatorio, da un lato permette di superare l'equazione tra illegittimità dell'atto e colpa dell'apparato pubblico (così venendo incontro ad una delle obiezioni mosse dal Comune resistente). Dall'altro lato, però, come osservato in giurisprudenza (C.d.S., n. 32/2005 cit.), tale ricostruzione restituisce coerenza sistematica alle regole di riparto dell'onere della prova da applicarsi nello schema di responsabilità di cui si discute, agevolando comunque le parti nel soddisfacimento di detto onere.

Facendo applicazione degli ora visti principi alla vicenda per cui è causa, osserva il Collegio come in essa possano riscontrarsi quegli elementi indiziari, costituenti indici rivelatori della colpa dell'Amministrazione, che si sono più sopra indicati.

Infatti, sussiste in primo luogo e soprattutto la gravità della violazione, e ciò sotto svariati profili.

Ed invero, come si è già detto, da un lato il Comune resistente ha negato in prima battuta la richiesta concessione edilizia esclusivamente sulla base del contrasto con una norma (l'art. 216 del R.D. n. 1265/1934) igienico-sanitaria, preordinata alla tutela della salute pubblica, e non invece, come prescritto dall'ordinamento e come questo Tribunale aveva già precisato, in base ad una difformità del progetto presentato rispetto alla vigente disciplina urbanistico-edilizia.

Come rilevato dalla sentenza di questa Sezione che ha annullato tale diniego (n. 1129/1995), se le ragioni poste a fondamento di esso dal Comune fossero state idonee a legittimare la reiezione della istanza di realizzazione di un'opera che, pur compatibile con la normativa urbanistico-edilizia, veniva ad incidere negativamente sul piano delle immissioni moleste, si sarebbero rese, in sostanza, inapplicabili le previsioni del P.R.G. concernenti le specifiche destinazioni urbanistiche del territorio comunale.

Risulta, così, *per tabulas* la gravità della violazione commessa dall'Amministrazione, che avrebbe dovuto rilasciare o denegare la concessione edilizia per il progetto presentato alla stregua solo della conformità o meno di esso con le previsioni del P.R.G. e del Regolamento edilizio.

Alla medesima conclusione si deve poi addivenire per la violazione ascrivibile al Comune in occasione dell'adozione del successivo provvedimento di sospensione sulla richiesta di concessione edilizia, motivato con l'intervenuta adozione della variante generale al P.R.G. (rispetto alla quale il progetto si presentava difforme).

In questo caso, infatti, la violazione è palese e consiste, come evidenziato dalla sentenza di questa Sezione n. 520/1997 che ha annullato il predetto provvedimento soprassessorio, nel fatto che l'Amministrazione ha opposto all'interessato la variante al P.R.G., sebbene questa fosse stata adottata con deliberazione consiliare del 28 dicembre 1995 e quindi ben dopo la notificazione della summenzionata sentenza n. 1129/1995.

Ciò contrasta con il consolidato insegnamento della giurisprudenza (C.d.S., A.P., 8 gennaio 1986, n. 1), secondo cui non sono opponibili all'interessato le variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute dopo la notificazione della sentenza di accoglimento del ricorso contro il diniego o contro il silenzio-rifiuto.

Anche sotto questo aspetto, pertanto, la violazione ascrivibile all'Amministrazione è grave, né possono ravvisarsi gli estremi dell'errore scusabile.

Infine, si deve ritenere che sia altrettanto grave la violazione commessa dal Comune con il serbare un atteggiamento di inerzia pur dopo il passaggio in giudicato della sentenza n. 520

del 1997, tanto che al rilascio della concessione edilizia si è arrivati solo nel 2003 e con atto del Commissario *ad acta* dopo l'esperimento del giudizio di ottemperanza.

Nella fattispecie in esame sono poi presenti ulteriori indici rivelatori della colpevolezza del Comune resistente.

In particolare, si deve tenere conto del carattere vincolato dell'attività di rilascio o di diniego della concessione edilizia, atteso che l'Amministrazione deve provvedere sulle istanze dei privati in conformità delle norme che disciplinano l'attività edificatoria (C.d.S., Sez. V, 28 ottobre 1988, n. 640).

Né potrebbe obiettarsi per il fatto che la costruzione da realizzare (stalla), essendo destinata all'esercizio di un'attività insalubre, fonte di immissioni moleste, implicava comunque una valutazione delle misure e cautele adottate dall'interessato per far sì che detto esercizio non recasse nocimento alla salute dei vicini (art. 216 t.u.l.s.), valutazione comprendente profili di discrezionalità tecnica.

Sotto questo aspetto, infatti, viene in evidenza un altro degli indici rivelatori della colpa del Comune, cioè quello consistente nell'apporto partecipativo al procedimento offerto nel caso *de quo* dal richiedente. Come specificato dalla già citata sentenza n. 1129/1995, l'interessato aveva, infatti, presentato un progetto per l'abbattimento dei cattivi odori, che tuttavia non è stato valutato dalla U.S.S.L. n. 3 di Varese: quest'ultima ha erroneamente ritenuto inidonea la documentazione depositata al riguardo dal privato ed il Comune ha acriticamente recepito detto giudizio, senza insistere perché la U.S.S.L. si pronunciasse nel merito della soluzione proposta, nonostante, secondo quanto accertato dal Tribunale, sussistessero i presupposti per addivenire ad una tale pronuncia.

In definitiva, nella fattispecie in esame, sussistono tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano *ex art.* 2043 c.c., ascrivibile al Comune di Varese.

Pertanto, deve ora verificarsi se vi siano danni risarcibili, ed entro quali limiti.

Orbene, nel caso di specie sussiste certamente, come già accennato, il danno patrimoniale subito dall'interessato per non aver potuto esercitare un'attività economica fonte di rilevanti utili a causa del mancato rilascio della concessione edilizia.

In proposito, e per quanto riguarda la quantificazione del pregiudizio sofferto dal ricorrente, il Collegio ritiene di dover accogliere, ma con talune opportune correzioni, la prospettazione contenuta nella documentazione dallo stesso prodotta (precisamente, il documento n. 14 del ricorrente, il cui contenuto è stato poi riprodotto nel documento n. 15, peraltro con alcune modifiche ulteriori rispetto a quella conseguente al necessario calcolo in Euro degli importi richiesti).

Nella documentazione in parola, infatti, vengono analiticamente e puntigliosamente elencate le varie voci di costo da sostenere per un allevamento di suini delle dimensioni di quello che l'interessato si riprometteva di installare nella costruzione per cui è causa. Allo stesso modo sono elencati, altresì, i ricavi lordi derivanti dal suddetto allevamento.

Dalla sottrazione dei costi dai ricavi lordi si ottengono gli utili netti annuali aziendali, che il ricorrente quantifica nel documento n. 14 in £. 49.000.000, mentre nel documento n. 15 in € 30.583,00 (pari a poco più di £. 59.200.000).

La differenza nei conteggi è attribuibile alle spese per il mangime, che nel documento n. 14 sono indicate in £. 181.000, mentre nel documento 15 in €87,16 (pari a £. 168.765), con la conseguenza di un diverso calcolo dell'utile lordo per suino (£. 85.000 e, rispettivamente, € 51,44, pari a £. 99.600) e, tramite l'utile lordo annuo aziendale, dell'utile netto annuo, come sopra indicato.

Il Collegio ritiene di dover seguire la stima utilizzata nel documento n. 14 del ricorrente, in quanto depositato assieme al ricorso e, perciò, in un periodo più ravvicinato ai fatti per cui è causa (che hanno avuto inizio al principio degli anni Novanta).

In secondo luogo, il Collegio ritiene di non condividere la mancata considerazione, sia nella stima contenuta nel documento n. 14, sia in quella di cui al documento n. 15, dei costi per la manodopera. Tali costi, ad avviso del Collegio, vanno invece senz'altro considerati, attese le dimensioni dell'allevamento di cui si discute e quand'anche si volesse sostenere che si è in presenza di un'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-bis c.c., e si possono equitativamente conteggiare mediante l'abbattimento di un 10% dell'utile netto annuo.

In terzo luogo, il Collegio ritiene di dover addivenire ad un ulteriore abbattimento, sempre in via equitativa, del 10% dell'utile netto, questa volta commisurato all'intero periodo di riferimento.

Detto abbattimento è ascrivibile al cd. rischio d'impresa e cioè alla possibilità che ad annate positive nell'esercizio dell'impresa *de qua* succedano annate negative (non considerata nelle stime prodotte dalla difesa della parte ricorrente). Tale rischio, per un allevamento come quello in discorso, è riconducibile ad eventi quali le epidemie che colpiscono il bestiame, le calamità naturali, ecc..

Ancora, deve essere corretta l'individuazione del periodo di tempo considerato ai fini della quantificazione del risarcimento. A questo scopo, infatti, non si può considerare come *dies a quo* quello della presentazione della richiesta di rilascio della concessione edilizia (6 agosto 1990), in quanto, come emerge dalla stessa narrazione dei fatti contenuta nel ricorso, l'iter procedimentale seguito dall'Amministrazione comunale è stato lungo e complesso, essendo stata necessaria l'acquisizione dei pareri della Regione (per il profilo della tutela paesistico-ambientale), del Consorzio Provinciale per la tutela e la salvaguardia delle acque del Lago di Varese, nonché della U.S.S.L. n. 3 di Varese. Quest'ultima, in particolare, si è espressa in più occasioni. Né sul punto sembra possibile adombrare, come fa il ricorrente, un intento dilatorio del Comune procedente, tenuto conto che ancora nel parere dell'8 settembre 1992 la U.S.S.L. n. 3 aveva sì espresso un giudizio favorevole, ma subordinatamente, tra l'altro, alla creazione, dentro la stalla, di un sistema di convogliamento e di trattamento dell'aria al fine di scongiurare immissioni moleste di odori nelle abitazioni circostanti, sicchè a tale data l'istruttoria procedimentale non poteva considerarsi conclusa, essendo ancora da valutare il progetto che a questo fine avrebbe presentato l'interessato.

In realtà, ritiene il Collegio che la data da considerare allo scopo di fissare il *dies a quo* della pretesa risarcitoria possa individuarsi o nel 25 febbraio 1994, giorno in cui il ricorrente, per sua stessa ammissione, ebbe ad evadere la richiesta comunale di presentare un progetto di captazione ed abbattimento degli odori, oppure nella data del provvedimento di diniego poi annullato con la sentenza n. 1129/1995 (28 giugno 1994). A ciò, va poi aggiunto un periodo ulteriore (non breve, tenuto conto delle dimensioni della stalla) per la costruzione di questa, sicchè può ragionevolmente indicarsi nel 1995 il primo anno utile di esercizio dell'impresa di che trattasi.

Se ne desume che, essendo stata la concessione *de qua* rilasciata in data 27 giugno 2003, il periodo utile da considerare ai fini della quantificazione del risarcimento è pari ad otto anni e mezzo (dal 1995 al giugno 2003).

Infine, il Collegio rileva che per il periodo successivo alla diffida ad adempiere conseguente alla notifica della sentenza di questa Sezione n. 520/1997 (diffida datata 6 giugno 1997) e fino al deposito del ricorso per l'ottemperanza a tale sentenza ed alla sentenza n. 1129/1995 (19 maggio 2000), la responsabilità per il protrarsi delle conseguenze dannose deve essere

addebitata in pari misura al privato ed all'Amministrazione, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c..

Più precisamente, avendo l'interessato, con detta diffida, assegnato al Comune un termine di trenta giorni per dare esecuzione alle succitate sentenze, ed essendo intervenute nel periodo dal 10 al 23 luglio 1997 altre comunicazioni interlocutorie del Comune di Varese, si deve ritenere che, a partire dalla ricezione della nota comunale del 23 luglio 1997 l'interessato stesso ben avrebbe potuto esperire il rimedio dell'ottemperanza, senza attendere a tale scopo la data del 19 maggio 2000, come invece ha fatto.

Né si può trascurare che dalla documentazione in atti (cfr. in specie il documento n. 12 del ricorrente) si ricava come alle richieste di ulteriore documentazione, che il Comune intimato aveva avanzato con le suddette note, si sia ottemperato solo nei primi mesi del 1999, dunque a notevole distanza di tempo.

Poiché, quindi, il periodo ora indicato (fine luglio 1997 – maggio 2000), pari a due anni e dieci mesi, corrisponde ad un terzo di quello complessivo di riferimento, che si è sopra visto essere di otto anni e mezzo (1995 – giugno 2003), e poiché, come detto, in questo periodo la responsabilità per il perdurare delle conseguenze dannose deve imputarsi in misura uguale ad ambedue le parti, ne deriva una riduzione ulteriore del danno risarcibile per gli utili non percepiti pari al 16,5% (= 50% del 33%).

Tirando le somme di quanto sin qui detto, si ricava che:

- l'utile annuo netto aziendale da prendere come base di calcolo è pari ad €22.775,75 (cioè £. 44.100.000, equivalente alla somma indicata nel documento 14 del ricorrente, ridotta di un 10% per l'incidenza delle spese della manodopera);

- l'utile netto aziendale complessivo, pari all'utile netto annuale moltiplicato per il periodo di riferimento (otto anni e mezzo) è di €193.593,87 (ossia €22.775,75 X 8,5);

- da questo importo si deve detrarre un 10% per l'incidenza delle annate non positive, e per conseguenza si ottiene un importo pari ad €174.234,50;

- da questo importo, va infine detratto un ulteriore percentuale pari al 16,5%, corrispondente al periodo in cui la responsabilità dell'accrescersi delle conseguenze dannose va suddivisa, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., in misura eguale tra le parti, con il risultato di ottenere la somma di €145.485,80. Tale somma è dunque l'ammontare dovuto dal Comune di Varese alla sig.ra Anna Besch a titolo di lucro cessante, ossia di risarcimento del danno patrimoniale per il mancato conseguimento degli utili realizzabili.

Per quanto riguarda, invece, la somma pretesa a titolo di risarcimento del danno emergente, cioè le maggiori spese di costruzione dell'edificio e delle strutture, non si fa luogo ad alcuna liquidazione, giacchè la parte ricorrente non ha allegato nessun atto o documento idoneo a comprovare di aver sostenuto le suddette maggiori spese.

Al riguardo, infatti, non sono sufficienti le stime contenute nei documenti nn. 14 e 15 della parte ricorrente, che invece si sono potute utilizzare per il calcolo del danno da mancati utili realizzabili. Invero, in questo secondo caso soccorrevano ulteriori elementi indiziari, quali il possesso in capo all'originario ricorrente (e poi alla sua erede) della qualità di imprenditore agricolo ed il fatto che egli già svolgesse l'attività di allevamento del bestiame in un'altra stalla, già esistente. Per le spese di costruzione della stalla per cui è causa, invece, occorre la dimostrazione dell'avvenuta sopportazione di tali spese mediante la produzione di idonea documentazione, ciò che, però, la parte ricorrente non ha fatto, neanche con il deposito della documentazione avvenuto in vista dell'udienza pubblica.

Se ne deduce che per tale voce la domanda di risarcimento dei danni non può essere accolta, non avendo la parte ricorrente assolto all'onere probatorio gravante su di essa *ex art. 2697 c.c.*.

In definitiva, il ricorso va accolto nella parte in cui si domanda il risarcimento del danno sopportato dal privato interessato per il mancato conseguimento degli utili discendenti dallo svolgimento dell'attività di allevamento del bestiame nella stalla per cui era stata richiesta la concessione edilizia illegittimamente denegata. Detto danno va quantificato in €145.485,80 (centoquarantacinquemilaquattrocentottantacinque/80), senza rivalutazione né interessi (non richiesti nel gravame).

Il Comune di Varese va, pertanto, condannato al pagamento di tale somma.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano – Sezione II, così definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto condanna il Comune di Varese a pagare alla sig.ra Anna Besch la somma di complessivi €145.485,80 (centoquarantacinquemilaquattrocentottantacinque/80) a titolo di risarcimento del danno.

Condanna altresì il Comune di Varese al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in via forfettaria in complessivi €2.000,00 (mille/00), più I.V.A. e C.P.A., come per legge.

Demanda alla segreteria per gli adempimenti di competenza.

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

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 6 aprile 2006, con l'intervento dei signori magistrati:

Angela Radesi	Presidente
Daniele Dongiovanni	Referendario
Pietro De Berardinis	Referendario est.