



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. 3255/2003, proposto dal sig.

ERNESTO GALLAZZI

rappresentato e difeso dagli avv.ti Francandrea Venuti e Cesare Coroneo e con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Milano, viale Monte Nero 6

contro il

COMUNE DI BUSTO ARSIZIO

non costituito in giudizio

per la condanna

del Comune di Busto Arsizio alla restituzione al ricorrente ed alla rimessione in pristino dei fondi di proprietà dello stesso, occupati per la realizzazione di un tratto di fognatura

per la condanna

del Comune al risarcimento dei danni conseguenti all'occupazione ed all'utilizzo *sine titulo* dei fondi in questione

per la condanna

del Comune, laddove non fossero disposte la restituzione e rimessione in pristino dei fondi, a regolamentare la situazione di fatto sotto i profili delle fasce di rispetto, accessi, ispezioni, manutenzione, ecc.

e per la condanna

del Comune di Busto Arsizio al risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTE l'ordinanza di questo Tribunale Amministrativo n. 43/06, con cui è stato ordinato al Comune di Busto Arsizio di trasmettere una relazione sui fatti di causa e la documentazione depositata dal predetto Comune in ottemperanza alla stessa;

VISTE, altresì, l'ordinanza n. 9/07 del 18 gennaio 2007, con cui è stata disposta consulenza tecnica d'ufficio e la relazione del consulente tecnico, con la documentazione allegata;

VISTI gli atti tutti della causa;

NOMINATO relatore, alla pubblica udienza del 14 novembre 2007, il Referendario Pietro De Berardinis;

UDITI i procuratori presenti della parte costituita, come da verbale;

RITENUTO in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

Il ricorrente, sig. Ernesto Gallazzi, espone di essere proprietario di terreni siti nel Comune di Busto Arsizio e catastalmente identificati al foglio n. 20, mappali n. 2801 e 2803.

Con decreto di occupazione d'urgenza emesso dal Commissario prefettizio del Comune di Busto Arsizio del 17 aprile 1993 fu disposta l'occupazione di una parte dei suddetti terreni per la posa di collettori di fognatura e dei relativi tombini. All'occupazione, stabilita per un massimo di cinque anni dall'immissione in possesso (avvenuta il 3 giugno 1993), non è poi seguito alcun provvedimento costitutivo di servitù.

Dolendosi che l'Amministrazione occupi ed utilizzi tuttora una porzione dei terreni di sua proprietà senza alcun titolo, il sig. Gallazzi ha proposto il ricorso indicato in epigrafe, con il quale ha chiesto:

- la restituzione dei fondi occupati ed utilizzati senza titolo, e la loro rimessione in pristino, mediante rimozione di tutti i manufatti ivi realizzati;
- il risarcimento del danno conseguente all'occupazione ed all'utilizzo dei predetti fondi, in misura almeno pari all'indennità di cui all'art. 1043 c.c., a decorrere dal 4 giugno 1998 (cioè dalla scadenza dell'occupazione legittima) e fino alla cessazione dell'illecito, oltre accessori ed escluse le somme dovute per l'occupazione legittima (per le quali l'odierno ricorrente si è riservato di azionare un separato giudizio);
- in subordine, la condanna del Comune a regolamentare l'uso della servitù, in relazione alla sua durata, all'individuazione e delimitazione delle fasce di rispetto ed alla disciplina degli accessi per l'ispezione, custodia e manutenzione dei manufatti costruiti, nonché in relazione a quanto stabilito dall'art. 1043 c.c.;
- il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale.

La pretesa di risarcimento di detto danno è formulata, ai sensi dell'art. 1337 c.c., in quanto il Comune di Busto avrebbe ricusato di formalizzare l'accordo raggiunto in sede di trattativa stragiudiziale, costringendo il ricorrente a riassumere, dopo la sua cancellazione dal ruolo, la causa che quest'ultimo aveva proposto avverso il Comune stesso dinanzi al Tribunale civile di Busto Arsizio (causa peraltro conclusasi con dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore di quello amministrativo).

A tale titolo l'interessato domanda, pertanto, il risarcimento del danno patrimoniale per le spese di riassunzione, quantificato in € 1.761,89.

Il ricorrente ha inoltre chiesto la rivalutazione e gli interessi dal dovuto al saldo per tutte le domande di pagamento di somme di denaro.

A supporto delle sue pretese ha prodotto il decreto commissariale di occupazione d'urgenza dei terreni e gli atti ad esso allegati (tra cui la deliberazione di Giunta Comunale n. 294 del 1° marzo 1993, di approvazione del progetto, con valore dichiarativo della pubblica utilità dell'opera e fissazione dei termini per l'espropriazione e per i lavori), lo stato di consistenza dell'area di proprietà ed il verbale di immissione in possesso.

Ha prodotto, altresì, un carteggio inerente la corrispondenza intercorsa con il Comune per la costituzione della servitù di condotta.

Il Comune di Busto Arsizio, pur ritualmente evocato, non si è costituito in giudizio e non ha fatto pervenire documentazione alcuna.

Pertanto, con ordinanza n. 43/06 del 21 marzo 2006 il Collegio ha disposto l'acquisizione dal Comune di Busto di una relazione sui fatti di causa, per chiarire l'eventuale pagamento di indennità al ricorrente, le ragioni del mancato espletamento della procedura espropriativa e del mancato perfezionamento dell'accordo bonario, le iniziative intraprese (o in corso) per regolarizzare l'occupazione.

L'Amministrazione ha ottemperato con nota dell'Avvocatura Comunale prot. n. 029549 del 22 maggio 2006 e relativa documentazione allegata, evidenziando di non aver corrisposto al ricorrente alcuna somma a titolo di indennità e di non aver provveduto alla regolarizzazione

del procedimento ablatorio, ed escludendo l'adozione di qualunque provvedimento da parte della Commissione Provinciale Espropri, "*dato il troppo tempo trascorso*".

In prossimità dell'udienza pubblica, il ricorrente ha depositato memoria con riferimento alla relazione depositata dal Comune in esecuzione dell'ordinanza istruttoria.

Con ordinanza n. 9/07 del 18 gennaio 2007 il Collegio, ritenuto necessario, alla luce degli esiti dell'istruttoria, addivenire all'accertamento degli importi dovuti a titolo risarcitorio, ha disposto sul punto consulenza tecnica d'ufficio, formulando i relativi quesiti.

Effettuato in data 27 marzo 2007 il giuramento del consulente, quest'ultimo ha quindi dato inizio alle operazioni peritali, concluse con relazione depositata (unitamente agli allegati) il 18 luglio 2007.

In vista dell'udienza di merito, il ricorrente ha depositato una memoria illustrativa, con cui ha controdedotto rispetto alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio.

All'udienza del 14 novembre 2007 la causa è stata riservata dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il gravame in epigrafe concerne l'occupazione di una porzione dei terreni di proprietà del ricorrente per la realizzazione nel relativo sottosuolo di un'opera pubblica consistente nella posa dei collettori della fognatura, con annessi tombini, senza che però a detta occupazione sia poi seguito alcun provvedimento costitutivo di servitù.

L'interessato domanda, anzitutto, la restituzione dei fondi a suo tempo occupati in base al decreto commissariale e tuttora utilizzati senza titolo, nonché la remissione in pristino degli stessi, attraverso la rimozione dai fondi medesimi dei manufatti realizzati.

La domanda non può essere accolta.

Dalla consulenza tecnica disposta dal Collegio è emerso che i lavori furono completati alla data del 29 giugno 1994 e che, pur in assenza di un procedimento di formale riconsegna del terreno al proprietario, questi è tornato ad averne la disponibilità ed il godimento, ciò che si evince sia dalla comunicazione interna dell'Ufficio Tecnico Amministrativo del Comune di Busto Arsizio rif. CB/rs106/00 del 28 settembre 2000 (allegata alla memoria tecnica resa dal Comune in sede di consulenza tecnica), sia dal sopralluogo del 22 giugno 2007.

Infatti, la suddetta comunicazione richiama due foto del 26 settembre 2000, da cui si ricava che le aree interessate erano state perfettamente ripristinate ed erano tenute a prato. Quanto poi al sopralluogo del 22 giugno 2007, il relativo verbale e le fotografie allegate mostrano un'ampia distesa coltivata a frumento.

Da quanto appena detto si desume, quindi, che, avendo il ricorrente già recuperato da lungo tempo la disponibilità del terreno interessato, non è possibile accogliere la sua domanda di restituzione di quest'ultimo: restituzione già avvenuta, anche se in punto di mero fatto.

Né si può accogliere la domanda di rimozione dei manufatti, poiché, come affermato dalla giurisprudenza (Cass. civ., SS.UU., 27 giugno 2005, n. 13714), il protrarsi nel tempo della presenza arbitraria di tubazioni interrate non può determinare gli effetti di un'occupazione permanente (illegittima), ma si limita a comprimere le facoltà di godimento del proprietario del fondo asservito in via di mero fatto: compressione che è, essa sì, suscettibile di essere risarcita, atteso il suo carattere illecito.

In secondo luogo, il ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno subito per effetto della occupazione e dell'utilizzazione senza alcun titolo dei fondi di sua proprietà: risarcimento da quantificare almeno sulla base di quanto previsto dagli artt. 1038 e 1043 c.c. in materia di indennità di scarico coattivo, tenendo conto che l'illecito, tuttora in essere, si protrae dal 4 giugno 1998 (giorno successivo alla scadenza dell'occupazione legittima).

In proposito, il Collegio ritiene che la domanda debba essere accolta, tenendo parzialmente conto delle conclusioni raggiunte sul punto dalla consulenza tecnica d'ufficio.

Dalle risultanze della suddetta consulenza è emerso, infatti, che i lavori sono stati ultimati, come già visto, in data 29 giugno 1994. Anche lo stato finale dei lavori, redatto dall'Ufficio Tecnico Comunale il 6 agosto 1998, dà atto dell'ultimazione dei lavori al 29 giugno 1994. Peraltro, il termine di scadenza dell'occupazione legittima era stato fissato dal decreto del commissario prefettizio al 3 giugno 1998.

Sebbene non vi sia stato nessun atto formale di riconsegna del terreno al suo proprietario, quest'ultimo ha, come si è già detto, recuperato la disponibilità di esso.

Dal presente giudizio esula ogni pretesa riferentesi all'indennità di occupazione legittima. Occorre, quindi, vedere se, in disparte la questione del risarcimento preteso dal ricorrente a titolo di responsabilità precontrattuale della P.A., questa sia tenuta a pagare, in aggiunta al risarcimento per la diminuzione di valore del fondo in conseguenza delle diminuite utilità da esso ricavabili per la presenza di tubazioni interrato, anche il risarcimento per il periodo di occupazione abusiva, ossia per l'indisponibilità dell'area protrattasi oltre la scadenza del termine dell'occupazione legittima (Cass. civ., SS.UU., 4 dicembre 2001, n. 15277).

A questo proposito la consulenza tecnica d'ufficio ha escluso che una tale danno sussista e possa essere risarcito, in quanto nel caso di specie l'opera sarebbe stata completata entro il periodo di occupazione legittima (29 giugno 1994) e sarebbe tornata nella disponibilità del proprietario. Non vi sarebbe stata, dunque, alcuna indisponibilità dell'area (per la presenza del cantiere) in epoca successiva alla scadenza dell'occupazione legittima.

Viceversa, poiché i lavori sono stati completati al 29 giugno 1994, la consulente ha ritenuto che il risarcimento per la compressione della facoltà di godimento del terreno, ossia per la diminuzione di valore di questo causata dalle limitazioni alla sua utilizzabilità conseguenti all'interramento delle tubazioni, dovesse calcolarsi a partire dal 30 giugno 1994, quindi con riguardo ai valori correnti a tale data. Ciò, giacché a quel momento, cessata l'occupazione d'urgenza, sarebbe dovuta subentrare la costituzione della servitù.

Si tratta di conclusioni che, secondo il Collegio, si possono condividere solo in parte.

Nello specifico – ed in mancanza di una procedura di formale riconsegna del terreno al suo proprietario da parte dell'Amministrazione comunale al termine dei lavori o, quantomeno, alla scadenza dell'occupazione legittima – non vi sono in atti elementi che comprovino che l'odierno ricorrente abbia recuperato la disponibilità del fondo al 30 giugno 1994, od in un momento successivo, ma comunque anteriore alla scadenza del termine dell'occupazione legittima.

Sussiste, invece, in atti la nota del Comune di Busto Arsizio n. 45274 del 28 ottobre 1998, con cui venne comunicato all'interessato, tra l'altro, che l'Amministrazione si era astenuta dall'intraprendere la procedura espropriativa, giudicata non necessaria nel caso di specie, e che con il ripristino in superficie dell'area nessun impedimento si frapponeva al possesso ed utilizzo "*a scopi coltivati*" dell'area *de qua* da parte dell'interessato stesso.

Ad avviso del Collegio, si deve perciò concludere che, in assenza di comunicazione scritta di fine lavori o di verbale di reimmissione in possesso, l'Amministrazione abbia reimmesso l'odierno ricorrente nella disponibilità e nel godimento del terreno di sua proprietà solo con la predetta nota del 28 ottobre 1998 (da considerare sostanzialmente equipollente alla vera e propria reimmissione nel possesso).

Ne discende che, per il periodo che va dal 4 giugno 1998 alla data di ricevimento da parte dell'interessato della succitata nota comunale, il Comune è tenuto al risarcimento del danno

per occupazione abusiva e cioè per indisponibilità dell'area protrattasi oltre la scadenza del termine dell'occupazione legittima.

In coerenza con siffatta conclusione, si deve poi ritenere che il calcolo del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento del danno per l'illecita compressione delle facoltà di godimento del fondo debba farsi prendendo a riferimento non la data del 30 giugno 1994, ma quella del ricevimento, da parte dell'interessato, della nota comunale del 28 ottobre 1998.

Ciò, in quanto per il periodo che va fino al 3 giugno 1998 è dovuto al ricorrente un distinto importo a titolo di indennità di occupazione legittima. Infatti, nonostante l'opera fosse stata ultimata già nel 1994, come si è visto, di tale ultimazione il privato non fu mai informato e pertanto, sotto l'aspetto giuridico, il terreno rimase sottratto alla sua disponibilità ed al suo godimento per tutta la durata dell'occupazione legittima (ed anzi oltre, fino al ricevimento da parte sua della nota comunale del 28 ottobre 1998).

Tuttavia, come già detto, l'indennità di occupazione legittima esula dal presente giudizio e d'altronde si tratta di pretesa da azionare, ex art. 34, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 80/1998, davanti al giudice ordinario (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 13 novembre 2006, n. 2194; T.A.R. Basilicata, 4 settembre 2007, n. 516).

Accertato, quindi, che il risarcimento per l'indebita compressione del valore del fondo deve essere calcolato con riferimento ai valori correnti alla data di ricezione della nota comunale del 28 ottobre 1998, se ne deduce che l'importo assunto a base del suddetto calcolo nella consulenza tecnica (€ 5,71/mq. riferito al 1992, documentato con atto di compravendita del terreno limitrofo al fondo avvenuto l'anno precedente, incrementato fino ad € 6,00 al 1994 onde tenere conto delle variazioni ISTAT nel periodo 1992-1994 e delle indicazioni della Coldiretti) deve essere rivalutato secondo gli indici ISTAT fino alla data di ricevimento, da parte del privato, della più volte indicata nota del 28 ottobre 1998.

Venendo adesso al computo della somma dovuta, il Collegio concorda con il consulente in relazione alla scelta, quale coefficiente percentuale del danno, di un'aliquota pari al 1% del valore venale complessivo del fondo.

Va infatti condiviso l'assunto per il quale, sebbene ai fini risarcitori il fondo *de quo* debba essere considerato nella sua intera estensione (pari a mq. 35.220), tuttavia esso risulta solo marginalmente interessato dal passaggio della condotta, come si evince anche dalle mappe allegate, e dunque appare corretto l'utilizzo di un coefficiente pari all'1% del valore venale del terreno complessivamente considerato, beninteso con esclusione di ogni riferimento al valore del fabbricato rurale ivi presente, che non subisce alcuna limitazione o compressione dal passaggio della condotta.

La marginalità della condotta rispetto al terreno in esame è dimostrata dalla circostanza che essa rappresenta in teoria una linea che divide il terreno stesso in due porzioni, l'una di mq. 30.518 circa, l'altra di mq. 3.420 circa.

L'impiego di detto coefficiente si giustifica anche alla luce dei seguenti ulteriori elementi, a propria volta addotti dal consulente tecnico:

- a) la circostanza che la condotta, per la profondità alla quale si trova situata sotto il piano di campagna, non crea particolari problemi alla coltivazione;
- b) il fatto che per la manutenzione del manufatto siano previste ispezioni saltuarie, nonché interventi di pulizia del condotto, tramite le camerette, ad intervalli di anni e perciò con un impatto minimo sulle facoltà di godimento del fondo;
- c) il posizionamento dei pozzetti di ispezione, che in due casi sono posti in prossimità delle stradine interpoderali, mentre solo il terzo è localizzato al centro del fondo.

Alla stregua di quanto sin qui detto, deve perciò condividersi anche la scelta del consulente di non considerare la parte del fondo in esame pari a mq. 3.420, poc'anzi indicata, come un reliquato. Ciò, proprio perché i manufatti idraulici collocati sul terreno non appaiono tali da poter ingenerare difficoltà di fruizione del terreno stesso, che risulta attualmente coltivabile e fruibile in maniera unitaria.

Va, pertanto, respinta la richiesta di maggiorazione formulata sul punto dal ricorrente nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica.

Con tale richiesta di maggiorazione – la n. 3 della suddetta memoria – si è evidenziato che il privato è tenuto a lasciare in superficie una striscia di fondo (corrispondente al percorso sotterraneo della fognatura interrata, per tutta la lunghezza di essa) che, pur restando di sua proprietà, deve essere mantenuta sgombra e libera da colture boschive e pregiate, maneggi, vivai, serre, stalle, condotte interrate. Che, inoltre, l'interessato dovrà lasciare in superficie al Comune il passo per accedere a qualsiasi punto del condotto fognario interrato. Che, per di più, in prossimità di tale fascia sarebbe inibita la circolazione dei mezzi pesanti, i quali potrebbero danneggiare il condotto interrato. Che sarebbe del tutto irrilevante il fatto che le ispezioni e gli accessi avvengano a distanza di anni, in quanto dovrebbe essere lasciata una fascia libera ed in vista di quegli utilizzi il fondo sarebbe diviso.

Nessuna di queste osservazioni può, ad avviso del Collegio, essere condivisa.

Nello specifico, il consulente ha considerato tutti gli elementi addotti dal ricorrente, ma li ha reputati di scarso rilievo alla luce delle caratteristiche della condotta fognaria realizzata e delle sue modalità di manutenzione.

In particolare, va ribadito, il consulente ha valutato – con valutazione che il Collegio ritiene sostanzialmente corretta – il peculiare posizionamento della condotta, che interseca solo ai margini l'area in esame, la sua profondità, tale da non creare problemi alla coltivazione, il posizionamento dei pozzetti, anch'esso in gran parte marginale, e l'inverso esigua frequenza degli accessi per ispezioni ed interventi di pulizia. Ciò, senza poi trascurare che, come ammette lo stesso ricorrente, sull'area *de qua* ad oggi non esistono né boschi, né serre, né maneggi, né vivai e che il pregiudizio lamentato sul punto dall'interessato non si prospetta in alcun modo come concreto ed attuale, ma, viceversa, in termini ipotetici ed eventuali ed al di fuori anche delle caratteristiche che connotano i danni futuri (la previsione dei quali deve poggiare non su semplici supposizioni, ma su una situazione oggettiva già in atto e tale da costituire, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la causa efficiente dell'incremento patrimoniale venuto a mancare: Cass. civ., Sez. I, 22 gennaio 1982, n. 442).

A tal proposito, anzi, applicando ai danni futuri lamentati dal privato i criteri di valutazione probabilistica, su basi presuntive e con equo apprezzamento del caso concreto (Cass. civ., Sez. III, 20 febbraio 2007, n. 3949), si deve attribuire rilievo alla circostanza che l'area in parola alla data di immissione in possesso (3 giugno 1993) risulta destinata ad erba medica (mapp. n. 2801) ed a sottobosco (mapp. n. 2803), e che al sopralluogo del 22 giugno 2007 essa risulta coltivata a frumento (v. il verbale allegato alla consulenza tecnica).

In definitiva, quindi, il Collegio ritiene di condividere le conclusioni del consulente tecnico circa l'utilizzo, per calcolare il risarcimento dovuto per l'illecita compressione delle facoltà di godimento del terreno, di un coefficiente pari all'1% del valore venale dell'intero fondo. Ciò, tenuto però conto che il suddetto valore venale va computato alla data del ricevimento, da parte dell'interessato, della nota comunale del 28 ottobre 1998, e quindi attualizzando a quel momento, tramite utilizzo degli indici ISTAT, l'importo assunto dal consulente stesso a base del calcolo in discorso (€ 6,00/mq., riferito al 1994).

In argomento, infatti, la limitazione reale dell'uso del fondo, esteso per più di 35.000 mq., consiste nella necessità di fare attenzione all'unico chiusino realizzato all'interno del fondo medesimo, mentre gli altri due sono ubicati nelle strade campestri ai lati del lotto.

Discorso diverso va fatto, invece, per il calcolo del risarcimento del danno per l'illegittimo protrarsi dell'occupazione di una parte del fondo *de quo* oltre la scadenza dell'occupazione legittima, ossia dal 4 giugno 1998 fino alla data di ricezione della nota comunale poc'anzi citata.

Sul punto, considerate le diverse conclusioni cui si è pervenuti rispetto a quelle raggiunte dal consulente tecnico, il Collegio ritiene necessario avvalersi del potere di cui all'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80/1998 e, per l'effetto, stabilire i criteri ai quali l'Amministrazione comunale dovrà attenersi nel prosieguo della vertenza ai fini del computo del risarcimento del danno da occupazione abusiva.

Al riguardo va rammentato che:

- la porzione di terreno sottratta abusivamente alla disponibilità del privato oltre il termine dell'occupazione legittima aveva una superficie di mq. 1.282, secondo la quantificazione operata dal verbale di immissione in possesso;

- la vicenda per cui è causa ha riguardato un terreno con destinazione agricola e per il quale l'indisponibilità si è protratta oltre la scadenza del termine di occupazione legittima, senza che, però, si verificasse la perdita della proprietà per irreversibile destinazione.

Alla luce di tali dati, appare perciò congrua una determinazione del danno derivante dalla mera illegittima occupazione attraverso l'utilizzo del criterio sussidiario ed equitativo degli interessi legali per ogni (frazione di) anno di occupazione, sulla somma corrispondente alla indennità di espropriazione del bene (Cass. civ., Sez. I, 27 agosto 2004, n. 17142). Ciò, in quanto detta indennità, rispecchiando le caratteristiche oggettive dell'immobile, è idonea a fungere in via presuntiva da parametro pienamente reintegrativo del pregiudizio subito dal patrimonio del danneggiato (Cass. civ., n. 17142/2004, cit.).

Pertanto, il criterio cui il Comune di Busto Arsizio dovrà attenersi per calcolare l'importo da proporre al ricorrente a titolo di risarcimento del danno per l'occupazione illegittima di una porzione del suo fondo avente superficie pari a mq. 1.282, sarà quello del calcolo degli interessi legali per il periodo dell'occupazione illegittima, sulla somma corrispondente alla indennità di espropriazione della superficie di mq. 1.282: somma, quest'ultima, calcolata in base ai criteri stabiliti, per i terreni agricoli, dagli artt. 40 e ss. del d.P.R. n. 327/2001.

Il Comune di Busto dovrà, entro sessanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione (se anteriore) della presente decisione, proporre al ricorrente un accordo per il pagamento dell'importo, determinato come appena visto.

Qualora le parti non raggiungano l'accordo nei trenta giorni decorrenti dalla ricezione della proposta, il ricorrente potrà domandare al T.A.R. l'esecuzione della presente sentenza, per l'adozione delle misure consequenziali, in specie per la nomina di un commissario *ad acta*, salva la trasmissione degli atti alla Corte dei conti per la valutazione dei fatti che hanno condotto alla medesima fase del giudizio.

In relazione, invece, alla condanna dell'Amministrazione comunale alla regolamentazione della servitù, si osserva che trattasi di domanda che non può essere accolta.

Ed infatti, sotto un primo profilo, il ricorrente, nella memoria depositata il 12 giugno 2006, circoscrive tale domanda facendo riferimento ad una proposta di convenzione tra le parti di cui fa cenno la relazione (prot. n. 29549 del 22 maggio 2006) depositata dal Comune in ottemperanza all'ordinanza istruttoria n. 43/2006 del 21 marzo 2006

Sul punto, va però obiettato che non è ammissibile la domanda di condanna del Comune ad un *facere* – nella fattispecie, a concludere un contratto – a ciò ostando la sussistenza della riserva di amministrazione, la quale impedisce la sostituzione del giudice in valutazioni di esclusiva spettanza dei pubblici poteri (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1° settembre 2004, n. 8142).

Né è stata dimostrata la ricorrenza dei presupposti per l’emanazione di una sentenza *ex art.* 2932 c.c.: se è vero, infatti, che un tal tipo di sentenza può ammettersi nei confronti della P.A. nelle sole controversie che – come quella in esame – rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché in questi casi il giudice conosce anche delle questioni relative ai diritti soggettivi (T.A.R. Marche, 5 agosto 2004, n. 975), è altrettanto vero che nella vicenda *de qua* non è, allo stato, configurabile l’inadempimento di obblighi di stipulazione di una convenzione discendenti da un contratto preliminare o dalla legge (v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 23 marzo 2007, n. 2773).

Si rammenta che la pronuncia di una sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. richiede, di per sé, un’indagine in merito all’esistenza del contratto preliminare (indipendentemente dalla sua validità), all’adempimento di colui che propone la domanda ed all’inadempimento da parte del convenuto dell’obbligo di concludere il contratto definitivo (Cass. civ., Sez. II, 27 novembre 1986, n. 6991).

Tuttavia, dalla ricostruzione dei fatti operata dal Comune nella relazione inviata in risposta all’ordinanza n. 43/2006, si desume che, in disparte gli eventuali profili di responsabilità precontrattuale (sui quali ci si soffermerà più oltre), è comunque indubbio che le parti non hanno mai raggiunto alcun accordo sulla costituzione e regolamentazione della servitù per cui è causa.

In proposito l’asserzione del ricorrente, il quale invoca la regolamentazione contenuta nella proposta descritta a pag. 2 della citata relazione comunale e che avrebbe dovuto concretarsi in un atto notarile da stipulare entro il 31 dicembre 2001, non è condivisibile, giacché essa dimentica completamente che detta proposta non solo non venne approvata, ma non venne neppure discussa dalla Giunta Comunale.

Come sottolineato dalla giurisprudenza, infatti, nella fase antecedente la conclusione di un contratto, le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di recedere dalle relative trattative, il che comporta l’inconfigurabilità, qualunque sia stato il livello di sviluppo delle trattative precontrattuali e qualunque sia stato l’affidamento sulla loro favorevole conclusione, di un obbligo legale a contrarre, quale quello previsto dall’art. 2932 c.c. (così C.d.S., Sez. VI, 1° marzo 2005, n. 816).

Del tutto inconferente si appalesa poi il riferimento, contenuto nella memoria del ricorrente depositata il 22 ottobre 2007, alla comunicazione interna dell’Ufficio Strade del Comune di Busto Arsizio all’Ufficio Tecnico Amministrativo, datata 30 gennaio 2001, in particolare al punto 6 di detta comunicazione, poiché quest’ultima non conferma in alcun modo che tra le parti fosse stato raggiunto un accordo sulla disciplina della servitù.

Pertanto, anche a voler configurare la domanda del ricorrente come rivolta ad ottenere la pronuncia di una sentenza che, *ex art.* 2932 c.c., tenga luogo del contratto non concluso, la domanda stessa non può trovare accoglimento.

Ad identica conclusione si deve poi pervenire laddove si intenda la domanda del ricorrente come rivolta, invece, a provocare l’esercizio di un potere provvedimento ed unilaterale da parte del Comune per la regolamentazione della suddetta servitù.

A tal fine, infatti, trattandosi di inerzia serbata dall’Amministrazione sul punto, il privato avrebbe dovuto promuovere il meccanismo di formazione del silenzio inadempimento: ciò

non tanto in vista dell'attivazione del rito *ex art. 21-bis* della l. n. 1034/1971, quanto invece perché con l'esperimento della procedura volta alla formazione del silenzio inadempimento il Comune fosse reso pienamente edotto delle conseguenze della sua inerzia.

In altri termini, premesso che, all'epoca dei fatti di causa (ed in specie, dello svolgersi delle trattative tra le parti), il procedimento di formazione del silenzio inadempimento era ancora basato sullo schema dell'art. 25 del T.U. n. 3/1957, mentre dopo le modifiche apportate nel 2005 rimane comunque necessaria la presentazione di apposita istanza da parte del privato (v. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 10 maggio 2007, n. 2894; id., 8 novembre 2007, n. 6199), ad avviso del Collegio, nel caso di specie un'istanza di tal tipo manca. A riprova di ciò, si osserva che il Comune di Busto Arsizio, nella relazione del 22 maggio 2006, insiste sulla possibilità di una soluzione transattiva, dimostrando, così, di giudicare praticabile non la via provvedimentale ed unilaterale, ma quella convenzionale.

Invero, dall'esame degli atti di causa non si rinviene nell'Amministrazione comunale una chiara consapevolezza dell'obbligo di provvedere comunque, anche in via unilaterale, alla regolamentazione della servitù per cui è causa: consapevolezza che, se l'interessato avesse presentato un'istanza volta alla formazione del silenzio inadempimento, non sarebbe potuta mancare. Le parti hanno, invece, continuato lungamente nelle trattative per una soluzione convenzionale del problema, senza, però, addivenire ad alcun risultato, con il corollario che manca tuttora una disciplina delle modalità di esercizio della servitù. Con il che si vuol dire che, se da una parte la domanda del ricorrente non può essere accolta, nella mancanza dei presupposti per la formazione del silenzio inadempimento, dall'altro lato è indiscutibile la sussistenza di un obbligo del Comune di provvedere in proposito (una volta perfezionatosi il meccanismo del suddetto silenzio), senza poter addurre a propria giustificazione il rifiuto dell'odierno ricorrente di accettare le soluzioni transattive via via propostegli.

Peraltro, a ben vedere, alcuni degli inconvenienti lamentati dal ricorrente per la mancanza della regolamentazione della servitù, sono privi di fondamento

Ed infatti, quanto alla questione della disciplina degli accessi al fondo per la manutenzione della condotta, il Comune di Busto sarà comunque vincolato, in base al principio di buona fede, cui si deve ispirare anche l'agire della Pubblica Amministrazione (C.d.S., Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2755), a dare all'interessato un congruo preavviso ogni volta che si debba effettuare un accesso, onde mettere quest'ultimo in grado di consentirvi senza risentirne un eccessivo pregiudizio.

Ciò, anche nell'assenza di un'apposita disciplina in argomento, atteso che il dovere di agire secondo correttezza e buona fede non è assolto dalla P.A. soltanto con il compimento di atti previsti in specifiche disposizioni di legge, ma si deve realizzare anche con comportamenti non individuati normativamente e che, però, con riferimento alle singole situazioni di fatto siano necessari per evitare l'aggravamento della posizione del debitore (T.A.R. Basilicata, 23 gennaio 2006, n. 4).

Nessun ostacolo è poi ravvisabile in ordine alla possibilità di recingere l'area (problema cui il ricorrente fa riferimento nella memoria depositata il 22 ottobre 2007), in quanto, come affermato dalla giurisprudenza, anche di questo Tribunale (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 11 giugno 2007, n. 4949), per le recinzioni di fondi realizzate senza opere murarie, ma con reti metalliche sorrette da paletti di ferro o di legno e senza muretto di sostegno, non è richiesta concessione, poiché entro tali limiti le recinzioni rientrano tra le manifestazioni del diritto di proprietà, che comprende lo *ius excludendi alios* o comunque la delimitazione e l'assetto delle singole proprietà (T.A.R. Liguria, Sez. I, 11 settembre 2002, n. 961; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 6 marzo 2002 n. 425).

Del resto, le recinzioni, in quanto estrinsecazione di una facoltà dominicale, non possono ritenersi di per sé incompatibili con la destinazione impressa ad un'area da un P.R.G., e ciò neppure in presenza di eventuali vincoli espropriativi (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 27 luglio 2005, n. 3435).

In definitiva, la domanda di condanna del Comune di Busto a dettare la regolamentazione della servitù deve essere, allo stato, respinta.

Né va trascurato in proposito che la suddetta regolamentazione presenta comunque profili di discrezionalità tecnica (quali ad es. quelli relativi all'estensione della fascia di rispetto ed alla frequenza degli accessi), in ordine ai quali giammai potrebbe ammettersi un potere del giudice amministrativo di sostituirsi alle determinazioni dell'Amministrazione, in modo da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella amministrativa (arg ex C.d.S., Sez. VI, 14 marzo 2006, n. 1397).

Oltretutto, alla fattispecie in discorso non sembra applicabile la disciplina di cui all'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001, atteso il carattere eccezionale di quest'ultima e la diversità, rispetto al caso qui esaminato, dell'ipotesi di cui al comma 6-*bis* del citato art. 43.

Passando, infine, all'esame della domanda di risarcimento dei danni per la responsabilità precontrattuale, questi vengono quantificati dall'interessato in € 1.761,89 (più rivalutazione ed interessi), corrispondenti alle spese di riassunzione del giudizio da lui instaurato avverso il Comune davanti al Tribunale civile di Busto Arsizio.

Sul punto, osserva infatti il ricorrente di essere stato indotto dall'Amministrazione, la quale gli aveva prospettato la possibilità di una composizione in via stragiudiziale della vertenza, ad abbandonare la causa, che dovette poi riassumere quando l'Amministrazione medesima smentì la proposta di accordo, nel frattempo formulata.

Nella memoria depositata il 12 giugno 2006, poi, l'interessato torna sul punto, effettuando, anche alla luce della documentazione trasmessa dal Comune in ottemperanza all'ordinanza n. 43/06, una meticolosa ricostruzione delle vicende che portarono alla cancellazione della causa civile dal ruolo ed alla sua successiva riassunzione e ribadendo come il conseguente danno, per le spese di riassunzione, sia interamente attribuibile all'ingiustificato rifiuto del Comune di adempiere agli accordi presi.

La domanda non può trovare accoglimento, per un duplice ordine di motivi.

Sotto un primo profilo, osserva il Collegio che i danni lamentati dal ricorrente afferiscono alla riassunzione della controversia instaurata dinanzi al giudice ordinario: controversia che si è conclusa con una declaratoria di difetto di giurisdizione del predetto giudice, in favore del giudice amministrativo.

Trattasi, pertanto, di spese sopportate dall'interessato nel quadro di un giudizio dallo stesso erroneamente instaurato davanti ad un giudice sfornito della relativa giurisdizione e che, di conseguenza, non sarebbe mai potuto sfociare nel conseguimento, da parte dell'attore, del bene della vita avuto di mira.

A questo riguardo, decisiva risulta allora la circostanza che, come risulta dalla lettura della sentenza del Tribunale di Busto Arsizio (n. 224 del 4 aprile 2003) l'eccezione di difetto di giurisdizione fosse già stata formulata dalla difesa del Comune convenuto nella comparsa scambiata all'udienza del 6 dicembre 2000, pertanto ben prima della cancellazione della predetta causa dal ruolo e della sua successiva riassunzione.

Se ne desume che, al momento di procedere alla riassunzione del giudizio, l'interessato era (o avrebbe dovuto essere) pienamente consapevole della possibilità, *rectius*, probabilità che lo stesso sfociasse in una sentenza di rito, non soddisfattiva delle sue pretese. Ciò, tanto più, in quanto – risalendo la cancellazione dal ruolo al 17 ottobre 2001 e la riassunzione al 28

giugno 2002 – trattasi di eventi verificatisi in un momento in cui, come rammenta la stessa sentenza del Tribunale di Busto (che cita in proposito Cass., SS.UU., 17 dicembre 2001, n. 15939), in base alla giurisprudenza della Suprema Corte non potevano sussistere più dubbi sulla devoluzione della vertenza alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Pertanto, se l'instaurazione del giudizio (avvenuta con citazione del 21 luglio 2000) davanti ad un giudice privo della relativa giurisdizione poteva attribuirsi ad un errore scusabile, in ragione della novità della disciplina e delle incertezze manifestatesi in occasione della sua prima applicazione, tale scusabilità non può più ammettersi all'epoca in cui l'attore scelse di riassumere il giudizio (2002): epoca in cui la giurisprudenza aveva, come detto, risolto la questione nel senso della spettanza di controversie quale quella in parola alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex artt.* 34 e 35 del d.lgs. n. 80/1998.

E, va aggiunto, si tratta di fatti avvenuti (e di una vicenda processuale definita) ben prima che le sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 e n. 281 del 28 luglio 2004 ingenerassero nuovi dubbi sull'estensione della giurisdizione esclusiva di cui agli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 80/1998.

In definitiva, quindi, si deve ritenere che una diligente valutazione del quadro processuale (l'eccezione di difetto di giurisdizione prospettata sin da subito dalla difesa comunale) e di quello giurisprudenziale (il summenzionato orientamento della Cassazione) avrebbe dovuto trattenere l'interessato dalla riassunzione del giudizio, spingendolo, invece, all'abbandono di esso ed alla proposizione di un nuovo giudizio davanti al giudice amministrativo, ovvero – in alternativa – alla proposizione del regolamento di giurisdizione.

Di qui una prima ragione per giudicare infondata la pretesa del privato al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, poiché la produzione dell'evento dannoso sembra ascrivibile alla condotta negligente del privato, quale condotta idonea di per sé sola a determinare, sul piano causale, il suddetto evento (*arg. ex Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2006, n. 15383*).

Ma vi è di più.

Ed invero, il ricorrente, nonostante quanto affermato nella memoria depositata il 12 giugno 2006, non ha affatto provato che il mancato perfezionamento di un accordo con il Comune di Busto Arsizio sia imputabile a quest'ultimo.

A smentire una simile conclusione è già sufficiente la nota comunale del 15 aprile 2002, prot. n. 18968 (allegata alla relazione trasmessa dal Comune in ottemperanza all'ordinanza n. 43/06), la quale reca un'ulteriore proposta transattiva, a quanto è dato di comprendere, più vantaggiosa, almeno sotto il profilo economico, per il privato, rispetto alle condizioni esposte nella nota comunale prot. n. 11221 del 4 marzo 2002.

Né vale in proposito ribattere che, alla data del 15 aprile 2002, l'odierno ricorrente riteneva ormai chiusa la fase delle trattative e che la nota comunale recante tale data non gli venne mai trasmessa dal legale incaricato, perché si tratta, casomai, di circostanze che dimostrano come il mancato perfezionamento dell'accordo transattivo sia imputabile almeno anche, se non esclusivamente, alla condotta del ricorrente (e dovendo semmai scrutinarsi la condotta tenuta dall'Amministrazione nel periodo precedente).

Si ricorda, in proposito, che la responsabilità precontrattuale è configurabile, in base all'art. 1337 c.c., anche nei confronti della P.A., solo se sussiste un affidamento incolpevole della controparte nell'osservanza delle regole di correttezza e di buona fede (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 21 febbraio 2001, n. 810).

Non sono, infine, fondate neppure le deduzioni formulate dall'interessato nei riguardi della nota comunale del 4 marzo 2002, in quanto, a tacer d'altro, non viene superata l'obiezione

contenuta in tale nota, secondo cui l'Amministrazione non poteva accedere alle condizioni reputate soddisfacenti dal privato (qui non rileva se formulate da lui o dal Comune), atteso che si trattava di condizioni eccessivamente vincolanti e difformi da quelle previste per gli altri terreni interessati dalla condotta fognaria. Obiezione che, ad avviso del Collegio, è del tutto ragionevole e condivisibile.

Si può, pertanto, affermare che la decisione del Comune di non addivenire alla conclusione dell'accordo su basi considerate troppo onerose e non rispettose del principio di parità di trattamento è stata del tutto giustificata e che, per l'effetto, non è configurabile al riguardo alcuna responsabilità precontrattuale del Comune stesso.

Si rammenta sul punto che, secondo la giurisprudenza (C.d.S., Sez. VI, n. 816/2005, cit.), per potersi configurare una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* non è sufficiente che si sia giunti ad uno stato avanzato nelle trattative e che nella controparte sia maturato un obiettivo e ragionevole affidamento sulla stipulazione del negozio, ma occorre, altresì, che il recesso sia immotivato e privo di appropriate giustificazioni. Nel caso di specie, al contrario, la succitata nota comunale del 4 marzo 2002 fornisce un'esauritiva spiegazione delle ragioni giustificative della condotta dell'Amministrazione.

Se ne ricava che va respinta la domanda di condanna del Comune di Busto al risarcimento del danno da responsabilità *ex art. 1337 c.c.*

In definitiva, dunque, va accolta, nei termini sopra descritti, la domanda di risarcimento del danno da diminuito valore del fondo e di quello discendente dall'occupazione abusiva dello stesso, mentre vanno respinte le altre domande formulate con il gravame.

Sulle somme da versare a titolo di risarcimento del danno, dovranno poi essere calcolati la rivalutazione monetaria e gli interessi legali, con le seguenti decorrenze:

- a decorrere dalla data di ricevimento, da parte del ricorrente, della nota comunale del 28 ottobre 1998 e fino al saldo, per quanto concerne l'importo dovuto quale risarcimento per la diminuzione del valore del terreno in ragione dell'illecita compressione delle facoltà di godimento di esso;

- a decorrere dal 4 giugno 1998 e fino al saldo, per quanto riguarda l'importo dovuto quale risarcimento per l'occupazione illegittima.

Considerata la fondatezza *in parte qua* del ricorso, il Comune di Busto Arsizio deve essere condannato al pagamento delle spese del giudizio.

Quanto alla liquidazione delle spese sostenute per l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio, in base alla nota ("ricevuta n. 5") del consulente tecnico, ai sensi della normativa vigente in materia la somma complessiva dovuta a tale titolo ammonta a € 1.200,00 (di cui € 210,00 per spese), da cui va detratta la somma di € 500,00, già liquidata al consulente a titolo di acconto con l'ordinanza n. 9/07 e posta a carico del ricorrente.

Anche il pagamento di detto importo va posto a carico del Comune di Busto Arsizio, che deve perciò corrispondere € 700,00 al consulente tecnico e rimborsare al ricorrente quanto da questi versato allo stesso consulente (€ 500,00) in base all'ordinanza n. 9/07.

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 Busto Arsizio al risarcimento del danno cagionato per la diminuzione di valore del fondo e l'occupazione illegittima di parte di esso, con i criteri e le modalità precisati in motivazione, più rivalutazione monetaria ed interessi, con le decorrenze del pari indicate in motivazione.

Liquida in favore del consulente tecnico d'ufficio la somma complessiva di € 1.200,00, di cui € 210,00 a titolo di spese.

Condanna il Comune di Busto Arsizio al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in via forfettaria in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), di cui € 3.800, più I.V.A. e C.P.A. come per legge, in favore del ricorrente e € 1.200,00 in favore del consulente tecnico e con l'avvertenza che parte del compenso al consulente, per complessivi € 500,00, va corrisposta dal Comune al ricorrente quale rimborso dell'acconto pagato da questi.

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

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 14 novembre 2007, con l'intervento dei signori magistrati:

| | |
|----------------------|--------------------|
| Mario Arosio | Presidente |
| Daniele Dongiovanni | Giudice |
| Pietro De Berardinis | Giudice, estensore |