

Pubblicato il 30/06/2021

N. 01610/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01098/2016 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1098 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da Società Due Spade S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Micaela Chiesa, Annalisa Premuroso, con domicilio eletto presso lo studio Micaela Chiesa in Milano, via dei Piatti, 11 e con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Cernusco Sul Naviglio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Fossati, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Porta Vittoria, 28 e con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale

dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Milano, via Freguglia, 1 e con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia; Soprintendenza Belle Arti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Milano, via Freguglia, 1 e con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

1) quanto al ricorso introduttivo:

- delle ordinanze sindacali del Comune di Cernusco sul Naviglio n. 33 del 29.02.2016, n. 59 dell'08.03.2016, n. 61 del 10.03.2016 e n. 75 del 24.03.2016;
- di ogni atto correlato e conseguente, ivi compresa l'autorizzazione della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio di Milano prot. n. 9743 del 14.03.2016;
- nonché per l'accertamento del pieno rispetto degli oneri previsti dalla convenzione n. 78266/1988 da parte della società ricorrente;
- nonché per la condanna al risarcimento di tutti i costi sostenuti dalla ricorrente;
- nonché, per motivi aggiunti depositati in data 09.06.2017, per l'annullamento del provvedimento prot. n. 13577/2017 n. 90 del 15.03.2017 Reg. Ord. U.T. e relativo allegato;

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 9 giugno 2017:

- della delibera di Consiglio Comunale n. 33 del 19.04.2017;
- della delibera di Giunta Comunale n. 90 del 31.03.2017;
- della nota istruttoria e relazione urbanistica allegata ad entrambe le deliberazioni;

3) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 6 luglio 2017:

- della delibera del Consiglio Comunale n. 33 del 19 aprile 2017;
- della delibera della Giunta Comunale n. 90 del 31 marzo 2017;
- della nota istruttoria e relazione urbanistica allegata ad entrambe le delibere appena indicate;

4) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 18.09.2017:

- dell'ordinanza n. 271 del 07.09.2017 e dei relativi allegati;

5) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 13 giugno 2018:

- dell'ordinanza n. 94 del 06/04/2018 e delibere di Giunta Comunale e determinazioni dirigenziali ivi richiamate, nella parte in cui definiscono l'intervento comunale – di decisione, approvazione, affidamento dei lavori e relative varianti, collaudo e liquidazione dell'intervento di consolidamento strutturale della ciminiera  
- come effettuato “in sostituzione” rispetto alla società ricorrente ed individuano detta società come soggetto inadempiente, tenuto a farsi carico di tutti gli oneri connessi e derivanti dall'intervento eseguito sulla ciminiera;

- della comunicazione di rendicontazione, allo stato non conosciuta, di richiesta di risarcimento integrale delle spese sostenute dal Comune e di esatta quantificazione delle stesse.

6) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 15 settembre 2018:

- dell'ordinanza n. 159 del 06/06/2018 – reg. ord. UT n. 7/2018, con cui il Comune di Cernusco sul Naviglio ingiunge alla società Due Spade srl di pagare la somma di Euro 77.593,97 quale rimborso dei costi sostenuti dall'Amministrazione comunale entro giorni 30 (trenta), con l'avvertenza che in difetto si procederà tramite accertamento e riscossione secondo le norme vigenti in materia di riscossione coattiva delle entrate dell'ente procedente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cernusco Sul Naviglio e di Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e di Soprintendenza Belle Arti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 9 giugno 2021 il dott. Fabrizio Fornataro;

Trattenuta in decisione la causa con sentenza semplificata ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020 conv. con legge n. 176/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1) Con il ricorso principale e cinque successivi ricorsi per motivi aggiunti, la ricorrente contesta le determinazioni con le quali il Comune resistente ha ritenuto di porre a suo carico gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria relativi alla ciminiera identificata al catasto comunale Foglio 19 - mappale 207, adottando anche le relative ingiunzioni di pagamento, quali atti meramente consequenziali.

I provvedimenti muovono dal presupposto per cui la Società Due Spade S.r.l. sarebbe titolare della proprietà superficaria dell'immobile e, come tale, obbligata ad adempiere agli obblighi di manutenzione, sostenendone i relativi costi.

Va precisato sin d'ora, che, proprio a motivo del presupposto comune da cui muovono gli atti impugnati, ragioni di economicità conducono ad effettuare una valutazione congiunta delle doglianze articolate con i sei ricorsi proposti nel presente giudizio.

Del resto, la ricorrente, anche nelle memorie conclusive, centra le proprie doglianze sulla contestazione del presupposto giuridico ritenuto dall'amministrazione, escludendo di essere proprietaria superficaria della ciminiera e ribadendo che, proprio per tale ragione, la manutenzione ordinaria e straordinaria non può essere posta a suo carico.

Occorre specificare che, nel corso degli anni, senza prestare acquiescenza ai provvedimenti impugnati, la società Due Spade ha ritenuto, in ragione dell'esecutività dei provvedimenti gravati, di anticipare i costi per il primo intervento di messa in sicurezza della ciminiera, risalente alla primavera del 2016, per complessivi euro 75.320,73, a titolo di spese per l'intervento, affitto autoscala, competenze professionali, spese per la sicurezza, stoccaggio materiali.

Sempre in ragione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati, ha anche prestato una fideiussione a garanzia di quanto richiesto dal Comune a titolo di intervento di conservazione e restauro effettuato sulla ciminiera della vecchia filanda.

I costi dell'intervento conservativo cui inerisce la fideiussione sono stati sostenuti dall'amministrazione comunale.

2) Il tema centrale, intorno al quale ruotano tanto le censure articolate negli atti di impugnazione, quanto le difese del Comune, è quello dell'accertamento dell'esistenza o meno di un diritto di proprietà superficaria della ciminiera in capo alla ricorrente.

Si tratta di una questione pregiudiziale, assunta a fondamento dei provvedimenti gravati e delle conseguenti ingiunzioni di pagamento, che resta sottratta alla cognizione piena del giudice amministrativo, trattandosi di questione attinente a diritti soggettivi dedotta in una materia non compresa nella giurisdizione esclusiva del giudice stesso.

Nondimeno, l'art. 8 cpa assegna al giudice amministrativo, nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva, la cognizione incidentale, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale.

Pertanto, la valutazione della legittimità dei provvedimenti gravati deve muovere dalla soluzione *incidenter tantum* della questione pregiudiziale relativa alla titolarità o meno da parte della ricorrente della proprietà superficaria del manufatto di cui si discute.

2.1) Sul punto, occorre considerare – e si tratta di dati incontestati tra le parti – che nel 1988 il Comune ha stipulato con la società “Cassago Fratelli snc di Cassago Serafino e Silvio & C.”, che non è parte nel presente giudizio, una convenzione con la quale le ha assegnato il diritto di superficie su un'area di proprietà comunale sita all'interno dell'area ex Sapici in Via Pietro da Cernusco - Piazza Gavazzi.

L'area veniva assegnata in diritto di superficie alla società per la realizzazione di un edificio da adibire a ristorante per un totale di mq. 416 circa e comprendeva espressamente i seguenti immobili, così identificati catastalmente, il mappale 205 (parte), il mappale 206 (parte), nonché il “mappale 207, fabbricato in accertamento (ciminiera)”.

Al di là delle formule non perspicue adottate in altri punti della convenzione, la descrizione del suo oggetto è inequivoco nell'assegnare la proprietà superficaria della ciminiera al privato contraente.

Il problema si sposta, allora, sull'individuazione dell'oggetto del successivo contratto (presente in atti) con il quale la società Fratelli Cassago ha ceduto il diritto di superficie alla società Due Spade, previa autorizzazione comunale.

Il documento contrattuale, dopo avere indicato l'oggetto della convenzione stipulata dalla società Fratelli Cassago con il Comune, indicando i mappali già ricordati, precisa, da un lato, che a seguito di atto di identificazione catastale, “l'area in oggetto risulta attualmente distinta al Foglio 19-Mappale 559 (ex 205/b)”, dall'altro, che il contratto ha ad oggetto solo la cessione della proprietà superficaria sino al 24 settembre 2047 del “fabbricato eretto su area residenziale di proprietà comunale sita all'interno dell'area ex Sapici (ora Parco Trabattoni), adibito a ristorante costituito da un solo piano fuori terra, con annessa area a cortile di pertinenza. Il tutto censito al Catasto dei Fabbricati come segue: - Foglio 19 – mappale 559 – via Pietro da Cernusco n. 2/A – Piano T. (senza dati di classamento)”.

Il contratto in esame non indica come oggetto del trasferimento anche la proprietà superficaria della ciminiera identificata al mappale n. 207, diverso dal mappale 509 (già 205/b) sul quale è stato realizzato il ristorante.

Ne consegue che, in base all'inequivoco contenuto del contratto stipulato tra Fratelli Cassago e la società Due Spade, quest'ultima ha acquistato in via derivativa solo la proprietà superficaria del ristorante e non della ciminiera.

Insomma la convenzione stipulata dal Comune con la società Fratelli Cassago ha un contenuto più ampio del successivo contratto stipulato da quest'ultima con la società Due Spade.

Solo la prima comprende l'assegnazione della proprietà superficiaria della ciminiera al contraente privato, mentre il secondo limita l'oggetto del trasferimento alla proprietà superficiaria del ristorante edificato e del cortile di pertinenza, sicché resta escluso dall'effetto traslativo qualunque diritto sulla ciminiera.

Pertanto, deve essere accertata, in via meramente incidentale, la titolarità in capo alla ricorrente della proprietà superficiaria del solo ristorante, con annessa area adibita a cortile di pertinenza e non della ciminiera, in quanto l'acquisto a titolo derivativo di cui si discute non ha avuto ad oggetto quest'ultimo immobile.

Ai fini indicati non sono rilevanti le argomentazioni sviluppate dalle parti in ordine alla possibilità di configurare la ciminiera come una pertinenza o meno, in quanto nel caso di specie è decisivo il chiaro contenuto del titolo contrattuale, che descrive esattamente l'oggetto del trasferimento in proprietà superficiaria, riferendosi, anche catastalmente, al solo ristorante e all'area adibita a cortile pertinenziale, senza alcun cenno alla ciminiera.

Va precisato che, ai fini della decisione della controversia in esame, non è rilevante accertare, neppure in via incidentale, se la proprietà superficiaria della ciminiera sia rimasta in capo alla dante causa Fratelli Cassago - comunque non presente in giudizio - o se l'immobile sia rientrato nella piena proprietà del Comune, atteso che si tratta di un profilo estraneo all'accertamento, in via incidentale, dell'esistenza del presupposto di diritto da cui muovono le determinazioni comunali impugnate.

Le considerazioni sinora svolte, evidenziano la fondatezza delle impugnazioni proposte, in quanto i provvedimenti contestati, nel porre oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria della ciminiera in capo alla Società Due Spade, muovono da un presupposto giuridico errato, atteso che la ricorrente non risulta titolare né

della proprietà superficaria della ciminiera, né, in base alla documentazione contrattuale prodotta in giudizio, di altri diritti su di essa tali da giustificare gli obblighi manutentivi imposti dal Comune.

Sussistono dunque i vizi di carenza istruttoria e motivazionale dedotti dalla ricorrente, poiché non è titolare della proprietà superficaria della ciminiera, contrariamente a quanto sostenuto dall'amministrazione comunale.

Ne deriva che devono essere accolte le domande di annullamento delle delibere comunali impugnate con il ricorso principale e con i successivi ricorsi per motivi aggiunti.

2.2) La ricorrente chiede anche la condanna del Comune al risarcimento del danno quantificato nei costi sostenuti per l'esecuzione delle attività materiali imposte dai provvedimenti comunali.

La domanda è fondata.

Invero, sussistono i presupposti per la configurazione della responsabilità risarcitoria da illecito extracontrattuale dell'amministrazione, ai sensi degli artt. 2043 e seguenti c.c..

In particolare:

- l'illegittimità degli atti impugnati evidenzia l'antigiuridicità dell'azione amministrativa, che mediante i provvedimenti impugnati ha inciso *contra ius* nella sfera giuridica della ricorrente, imponendole attività che hanno comportato dei costi per la ricorrente medesima, i quali integrano una perdita patrimoniale;
- sul punto, va ribadito che la ricorrente chiede solo il risarcimento del danno patrimoniale corrispondente ai costi sostenuti per le attività compiute in esecuzione dei provvedimenti comunali impugnati;
- del resto, è palese la connessione eziologica tra i provvedimenti e la perdita subita dalla società, in dipendenza dei costi sostenuti, atteso che questi ultimi trovano

fondamento proprio nei provvedimenti illegittimi, che hanno imposto attività manutentive alla ricorrente;

- è, pertanto, rispettato, ai fini della verifica della sussistenza del nesso eziologico, il criterio elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. “più probabile che non”, da intendere come regola di giudizio che “ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall’osservazione dei fenomeni sociali” (tra le tante Cassazione civile, n. 22022/2010 e n. 22837/2010).

- parimenti, sussiste l’elemento psicologico dell’illecito extracontrattuale, contrariamente a quanto eccepito dall’amministrazione;

- fermo restando che, in caso di azione risarcitoria, la prova dell’esistenza del danno e del suo ammontare incombe sul danneggiato, secondo il criterio ordinario di riparto dell’onere della prova ex art. 2697 c.c., occorre evidenziare che, nella fattispecie in esame, la prova della negligenza inescusabile commessa dall’amministrazione non va ricercata *aliunde*, ma emerge dal contenuto dei provvedimenti di cui è stata accertata l’illegittimità e di cui viene disposto l’annullamento;

- la giurisprudenza ha precisato che, in caso di acclarata illegittimità di un atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio, per ciò che attiene al profilo dell’elemento soggettivo dell’illecito; egli può, infatti, limitarsi ad allegare l’illegittimità dell’atto, dovendosi fare rinvio, al fine della prova dell’elemento soggettivo alle regole della comune esperienza e della presunzione semplice di cui all’art. 2727 c.c., mentre spetta all’amministrazione dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile (cfr. giur. *infra*);

- va precisato, però, che la colpa dell’amministrazione “può essere riconosciuta solo nelle ipotesi di violazioni commesse in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo, giuridico e fattuale tale da palesarne la negligenza

e l'imperizia, cioè l'aver agito intenzionalmente o in spregio alle regole di correttezza, imparzialità e buona fede nell'assunzione del provvedimento viziato, mentre deve essere negata la responsabilità quando l'indagine conduce al riconoscimento di un errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per la incertezza del quadro normativo di riferimento, per la complessità della situazione di fatto (così, testualmente: Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3439 del 13 luglio 2017; Consiglio di Stato, sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2197);

- nel caso di specie, l'amministrazione ha ritenuto di porre le attività di manutenzione a carico della ricorrente, ritenendola proprietaria superficaria della ciminiera, ma tale assetto giuridico è escluso *per tabulas* dalla semplice lettura del contratto intercorso tra la ricorrente e la società Fratelli Cassago, come già evidenziato;

- si tratta di un *modus operandi* che non riflette le regole di diligenza che governano l'operato dell'amministrazione, specie considerando la competenza tecnica che connota l'operato del Comune nella materia di cui si tratta;

- l'amministrazione si è discostata dai canoni ordinari di diligenza, valorizzando sia dati istruttori equivoci, sia omettendo di tenere conto del contenuto testuale del contratto, in base al quale la società ricorrente ha acquisito la proprietà superficaria solo del ristorante, con esclusione di qualunque diritto sulla ciminiera;

- l'illegittimità delle delibere impugnate non è riconducibile ad un errore scusabile, ma esprime piuttosto, una negligenza inescusabile, perché sono stati tralasciati elementi emergenti *per tabulas* dal contenuto del contratto già richiamato;

- va, pertanto, ribadito che l'illegittimità che connota le delibere impugnate si correla ad una negligenza inescusabile dell'amministrazione, con conseguente sussistenza dell'elemento psicologico necessario per configurare la responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione ai sensi dell'art. 2043 c.c..

Sul piano della quantificazione, il Tribunale, in applicazione dell'art. 34, comma 4, c.p.a., ritiene di stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione resistente deve

proporre a favore della ricorrente creditrice il pagamento di una somma di denaro a titolo risarcitorio.

In particolare:

- entro 30 giorni dalla comunicazione o dalla notificazione, se anteriore, della presente decisione, il Comune, dovrà, previa instaurazione di un contraddittorio con la ricorrente, proporre il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno patrimoniale per equivalente monetario;
- l'importo offerto dovrà essere commisurato ai costi documentati che la ricorrente ha sostenuto per l'esecuzione delle delibere impugnate, sia in dipendenza dell'attività manutentiva complessivamente compiuta, sia in relazione alla fideiussione prestata a garanzia di ulteriori costi sostenuti, sempre a fini manutentivi della ciminiera, dall'amministrazione comunale;
- in proposito va ribadito che incombe sulla ricorrente l'obbligo di esibire all'amministrazione le fatture e gli altri documenti che attestano i costi effettivamente sostenuti per l'esecuzione delle attività imposte dai provvedimenti comunali impugnati;
- sulle somme così determinate l'amministrazione dovrà corrispondere gli interessi di mora al saggio legale, dal momento del deposito della presente decisione e sino alla data dell'effettivo pagamento.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della domanda risarcitoria nei limiti ora esaminati.

Deve, invece, essere respinta la domanda di risarcimento nella parte in cui lamenta le perdite economiche derivanti dall'interruzione dell'attività di ristorazione in occasione, dapprima dell'intervento di messa in sicurezza, quindi dell'intervento di conservazione e restauro.

Invero, i provvedimenti impugnati e i dati istruttori ad essi sottesi evidenziano la situazione di grave degrado in cui versava la ciminiera, che per la sua collocazione –

chiaramente emergente dalle mappe catastali prodotte in giudizio - incombe sul ristorante, sicché è del tutto ragionevole che, una volta accertata la necessità di procedere tanto alla manutenzione, quanto alla parziale ricostruzione dell'immobile, sia stata disposta, per esigenza di incolumità pubblica e per il tempo strettamente necessario, l'interruzione dell'attività.

Del resto, la ricorrente non ha offerto elementi concreti da cui evincere l'insussistenza della situazione di pericolo che ha determinato la temporanea interruzione dell'attività.

Ne consegue che il pregiudizio lamentato non è riconducibile ad attività antigiuridica dell'amministrazione, con conseguente insussistenza dei presupposti per la configurazione della responsabilità risarcitoria del Comune.

2.4) La ricorrente chiede anche l'annullamento dell'autorizzazione della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio di Milano prot. n. 9743 del 14.03.2016, contestando la natura vincolata della ciminiera.

Con tale atto, la Soprintendenza ha autorizzato, ex art. 21 del d.l.vo n. 42/2004 lo smontaggio parziale della ciminiera a causa del rischio di crollo "a condizione che la stessa venga ricostruita", imponendo prescrizioni operative per consentire la fedele ricostruzione del manufatto, quali l'effettuazione di rilievi, la conservazione degli elementi rimossi al fine del loro futuro riutilizzo ovvero per valere quali modelli per reperire materiali analoghi, la ricostruzione con materiale di recupero e cerchiature. La ricorrente, con il ricorso introduttivo, ha espressamente subordinato l'interesse all'annullamento del provvedimento della Soprintendenza al previo accertamento della titolarità in capo a sé della proprietà superficiale della ciminiera.

Una volta accertato, *incidenter tantum*, che tale diritto non è nella titolarità della ricorrente, deve essere riconosciuta, nel rispetto del principio dispositivo, l'insussistenza di un concreto ed attuale interesse della ricorrente alla decisione nel

merito della domanda di annullamento proposta, che deve essere dichiarata improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse.

3) In definitiva, le impugnazioni proposte devono essere accolte nella parte in cui chiedono l'annullamento dei provvedimenti comunali indicati in epigrafe, mentre è improcedibile la domanda di annullamento dell'autorizzazione adotta dalla Soprintendenza.

E' fondata la domanda risarcitoria proposta in relazione al pregiudizio economico subito per effetto dell'esecuzione delle attività imposte dai provvedimenti impugnati. Viceversa, deve essere respinta la domanda di risarcimento correlata alla temporanea interruzione dell'attività di ristorazione.

Le spese seguono la soccombenza sostanziale e vengono poste a carico del Comune resistente, nei rapporti con la ricorrente, secondo gli importi liquidati in dispositivo, mentre possono essere compensate nei rapporti tra le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- 1) accerta, *incidenter tantum*, la non titolarità in capo alla società ricorrente della proprietà superficaria della ciminiera identificata al mappale n. 207;
- 2) accoglie in parte il ricorso principale e i ricorsi per motivi aggiunti e per l'effetto annulla le determinazioni del Comune di Cernusco sul Naviglio, indicate in epigrafe;
- 3) dichiara improcedibile la domanda di annullamento del provvedimento autorizzativo adottato dalla Soprintendenza e indicato in epigrafe;
- 4) accoglie la domanda risarcitoria proposta nei confronti del Comune di Cernusco sul Naviglio e per l'effetto lo condanna al risarcimento del danno patrimoniale secondo i criteri e le modalità precisati in motivazione;

5) condanna il Comune di Cernusco sul Naviglio al pagamento delle spese di lite in favore della società ricorrente, liquidandole in euro 6.000,00 (seimila), oltre accessori di legge, mentre le compensa nei rapporti tra le altre parti;

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Rocco Vampa, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Fabrizio Fornataro**

**IL PRESIDENTE**  
**Domenico Giordano**

IL SEGRETARIO