



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia - 4^a sezione - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. 2947/2006 e successivi motivi aggiunti proposti da PANET SRL, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Umberto Grella, presso lo studio del quale in Milano, Via Cesare Battisti n. 21, é elettivamente domiciliata;

c o n t r o

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Antonella Frascini, Ruggero Meroni e Maria Sorrenti dell'Avvocatura Comunale, presso i cui uffici in Milano, Via della Gustalla n. 8, é elettivamente domiciliato;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale, del provvedimento del 12.9.2006 prot.n.796896/14.8.2006 del Comune di Milano, Settore Autorizzazioni Commerciali; dell'ordinanza sindacale del Comune di Milano del 7.5.2005; per quanto possa occorrere della comunicazione del 25.10.2006; nonché per il risarcimento del danno;

quanto ai motivi aggiunti, per l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento del 31.1.2007 prot.n. 44142/2007 del Settore Commercio del Comune di Milano; per quanto occorrere possa in parte qua della Circolare del Ministero dell'Industria del 28.9.2006; nonché per l'accertamento e la declaratoria dell'illegittimità ed illiceità del comportamento della civica amministrazione di Milano in relazione all'omesso adeguamento entro il 1.1.2007 alle prescrizioni in materia di commercio in violazione dell'art. 3 della legge 248/2006; nonché per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, all'udienza del 9 ottobre 2007 (relatore Dott. Giovanni Zucchini), i procuratori della parte ricorrente e del Comune di Milano;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

F A T T O

In data 7.8.2006 la società Panet presentava istanza al Comune di Milano, per ottenere l'autorizzazione all'attività di somministrazione di alimenti e bevande nei locali siti in Milano, Via Broletto n. 43, angolo Via Cusani n. 1. L'Amministrazione, attraverso nota del Direttore Centrale Attività Produttive del 12.9.2006, rigettava l'istanza suddetta, vista l'ordinanza sindacale del 7.5.2005 e ritenuto che l'area ove si sarebbe collocato l'esercizio risultava, almeno stando agli uffici comunali, già eccessivamente saturata di esercizi di somministrazione.

Panet Srl chiedeva il riesame della decisione negativa con lettera del 19.10.2006, ma l'Amministrazione confermava il provvedimento di diniego con nota del 25.10.2006, nel quale, fra l'altro, si affermava che la legge n. 248/2006 (c.d. legge "Bersani"), non avrebbe inciso sulla legislazione vigente.

Contro i suddetti provvedimenti comunali era proposto il ricorso principale, con domanda di risarcimento danni, per i suindicati motivi:

violazione dell'art. 41 Costituzione; degli artt. 80 e 81 del Trattato CE; della legge 248/2006; della legge 25/1996; della legge 241/1990; del D.Lgs. 267/2000; della circolare del Ministero Attività Produttive 28.9.2006; della legge regionale 30/2003; della circolare regionale VII/17516 del 17.5.2004; eccesso di potere sotto svariati profili.

Le censure esposte riguardano in primo luogo la violazione dell'art. 10-bis della legge 241/1990, per mancanza del preavviso di rigetto del diniego ed inoltre la violazione della suindicata legislazione in materia di commercio, ed in particolare della legge 248/2006, la quale, a detta dell'esponente, non consentirebbe al Comune di adottare un atto di diniego quale quello impugnato, giustificato dall'esistenza di un presunto eccesso di esercizi nell'area interessata.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata, chiedendo il rigetto del gravame.

Successivamente, Panet Srl notificava al Comune un atto di diffida e messa in mora, intimando al medesimo di dare attuazione a quanto previsto dall'art. 3 della legge 248/2006, in ordine alla liberalizzazione del settore delle autorizzazioni per pubblici esercizi.

In risposta a tale diffida, il Direttore del Settore Commercio, con provvedimento del 30.1.2007, confermava i pregressi atti di diniego, reputando l'art. 3 legge 248/2006 non incidente sulla regolazione comunale del commercio.

Contro tale ulteriore diniego dell'Amministrazione erano proposti motivi aggiunti, con domanda di sospensione e di risarcimento danni, attraverso i quali erano sostanzialmente rinnovate le censure già esposte nel gravame principale.

In esito all'udienza cautelare del 3.4.2007, la domanda di sospensione era respinta, atteso il carattere meramente patrimoniale e risarcibile del danno paventato e ritenendosi di rinviare al merito le complesse questioni sull'applicazione della c.d. legge "Bersani".

In vista dell'udienza di discussione, le parti depositavano memorie, nelle quali ribadivano le rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 9.10.2007, la controversia era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Prima di esaminare i motivi di gravame, reputa il Collegio opportuno riassumere, seppure per sommi capi, la complessa normativa esistente in materia.

Nella Regione Lombardia, la disciplina della somministrazione di alimenti e bevande è contenuta nella legge regionale 24.12.2003, n. 30, le cui disposizioni appaiono per taluni versi innovative rispetto alla regolazione statale della materia, prevista dalla legge (dello Stato), n. 287/1991 (si pensi ad esempio all'autorizzazione unica, di cui agli artt. 3 e 9 della l.r. 30/2003,

in luogo delle diverse tipologie autorizzatorie, contraddistinte con le lettere da A a D, di cui all'art. 5 della legge 287/1991).

Secondo l'art. 9, comma 2, della legge regionale citata, le Amministrazioni comunali, attraverso deliberazione del Consiglio, avrebbero dovuto stabilire i criteri per il rilascio di nuove autorizzazioni, entro centottanta giorni dall'approvazione, da parte della Regione, degli indirizzi generali, ai sensi dell'art. 8 della legge medesima (i suddetti indirizzi generali sono stati adottati dalla Giunta Regionale della Lombardia con delibera 17.5.2004, n. VII/17516).

Con legge n. 25/1996, tuttavia, era stato previsto che le autorizzazioni di cui alla legge 287/1991 fossero rilasciate dai Sindaci, previa fissazione, da parte degli stessi, di un parametro numerico che assicuri, in relazione alla tipologia degli esercizi, la migliore funzionalità e produttività del servizio.

In attuazione della suddetta legge 25/1996, il Sindaco del Comune di Milano fissava i parametri di cui sopra con ordinanza del 12.11.2003, dunque anteriore alla legge regionale 30/2003.

Per effetto dell'entrata in vigore di quest'ultima, la quale, come sopra ricordato, affida ai Consigli comunali il potere di fissazione dei criteri per il rilascio di nuove autorizzazioni, l'Amministrazione comunale ambrosiana provvedeva all'aggiornamento dell'ordinanza del 12.11.2003, attraverso ordinanza del 19.4.2005, in attuazione peraltro della citata delibera di Giunta Regionale del 17.5.2004, art. 19.1, per la quale, fino alla definizione dei criteri di cui all'art. 9 l.r. 30/2003, continuano ad applicarsi i parametri numerici di cui alla legge 25/1996, purché assunti prima dell'entrata in vigore della l.r. 30/2003.

L'ordinanza sindacale del 19.4.2005, sopra menzionata, deve di conseguenza reputarsi, secondo il Comune di Milano, un mero aggiornamento della pregressa ordinanza del 2003, anteriore alla l.r. 30/2003, ordinanza destinata a trovare applicazione in attesa dell'adozione dei criteri da parte dell'organo consiliare.

Lo scrivente Tribunale, come del resto evidenziato dal Comune nelle proprie difese, ha sempre ritenuto l'ordinanza sindacale del 19.4.2005 legittima, sia rispetto alle censure di incompetenza rivolte contro la medesima (in quanto i criteri dovrebbero essere adottati dal Consiglio Comunale, stante la l.r. 30/2003), sia per quanto concerne l'eventuale violazione delle norme statali e comunitarie poste a presidio della concorrenza (si vedano le sentenze di questa Sezione, anche citate dall'Avvocatura comunale, n. 2078/2006; n. 3674/2005; oltre a n. 1805/2007).

La legittimità dell'ordinanza comunale del 19.4.2005, in base alla quale sono stati adottati gli specifici atti di diniego ivi impugnati, deve però essere riesaminata alla luce delle novità contenute nell'art. 3 del decreto legge 223/2006, convertito, con modifiche, dalla legge 248/2006.

In ordine a quest'ultimo sono però necessarie alcune precisazioni, anche per confutare le asserzioni difensive della resistente.

In primo luogo, l'art. 3 non appare lesivo delle prerogative legislative regionali in materia di commercio (e neppure di quelle regolamentari del Comune); posto che il legislatore statale (art. 3, comma 1), ha cura di precisare che le disposizioni da esso introdotte attengono a due materie riservate (ex art. 117, comma 2, della Costituzione), alla potestà legislativa

esclusiva dello Stato, vale a dire la <<tutela della concorrenza>> (art. 117, comma 2, lett. e), oltre che la <<determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale>> (art. 117, comma 2, lett. m).

Quanto sopra consente al Collegio di non affrontare, perché non rilevante ai fini della decisione, la questione relativa alla sussistenza di una potestà legislativa esclusiva della Regione in materia di commercio, affermata nelle difese della resistente.

In concreto, quel che rileva è il criterio della trasversalità delle materie, sul cui concetto la Corte Costituzionale ha più volte avuto occasione di pronunciarsi (cfr. per tutte sentenza 1.10.2003, n. 303). E come, già detto, nella variegata e generica nozione di “commercio” possono concorrere materie differenti, alcune delle quali (appunto, tutela della concorrenza, strettamente legata al “commercio” e coinvolgente altresì rilevanti profili di diritto comunitario), oggetto di potestà legislativa esclusiva statale.

Un’ulteriore precisazione sull’art. 3 legge 248/2006 è nel senso che lo stesso si applica non solo alla disciplina generale del commercio di cui al D.Lgs. 114/1998 ma anche al settore specifico della somministrazione di alimenti e bevande, attesa non solo la “ratio” della nuova disciplina, rivolta alla maggiore liberalizzazione del mercato ed alla promozione della concorrenza, ma anche la chiara dizione del comma 1 dell’art. 3 circa il proprio ambito applicativo (<<... le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte ...>>).

In materia, occorre altresì ricordare l'importante parere reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7.6.2007 (pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 22/2007), nel quale l'Autorità stessa ha dapprima evidenziato la necessità di ricomprendere nell'ipotesi dell'art. 3, comma 1, lett. d), della legge 248/2006, anche le attività di somministrazione di alimenti e bevande, posto che la scelta contraria costituirebbe un <<*ostacolo normativo ad un corretto funzionamento del mercato*>>. Ancora, si mette in luce nel parere come la programmazione degli insediamenti commerciali fondata su limiti quantitativi predeterminati si traduce in una ingiustificata pianificazione quantitativa dell'offerta, in contrasto con gli interessi generali.

Sulla base di quanto premesso, l'Autorità sottolinea come l'interpretazione della legge 248/2006 contenuta nella Risoluzione ministeriale del 10.10.2006 (risoluzione citata dal Comune a sostegno delle proprie tesi difensive e sulla quale il Collegio si soffermerà più diffusamente nel prosieguo della trattazione), appaia in evidente contrasto con lo stesso art. 3 della legge 248/2006.

Quanto all'applicazione temporale dell'art. 3, nessun dubbio che il medesimo trovi spazio nella presente causa, posto che, ai sensi del comma 4 di quest'ultimo, le regioni e gli enti locali avrebbero dovuto adeguare le proprie prescrizioni legislative e regolamentari ai principi ed alle disposizioni della legge 248/2006 entro il 1.1.2007.

Nel caso di specie, se è pur vero che il primo atto di diniego è del 12.9.2006, quindi dopo l'entrata in vigore della legge 248/2006 (12.8.2006), anche se prima della scadenza del termine di adeguamento, l'esponente ha in ogni

caso diffidato il Comune ad adeguare le proprie prescrizioni alla legge di cui sopra ed a tale diffida ha fatto seguito un ulteriore provvedimento di diniego del 30.1.2007, la cui motivazione è fondata sull'interpretazione dell'art. 3 della legge 248/2006, come svolta dall'Amministrazione comunale.

Circa la natura del suddetto diniego del 30.1.2007, gravato con motivi aggiunti, occorre escludere che lo stesso costituisca, nonostante il diverso assunto della difesa della resistente, atto meramente confermativo del pregresso provvedimento negativo del 12.9.2006 (peraltro tempestivamente e ritualmente impugnato con il ricorso principale, come del resto indicato espressamente anche nello stesso diniego del 30.1.2007).

Infatti, il Comune non si è limitato ad una mera conferma del provvedimento originario, ma ha svolto nuove argomentazioni, da porre alla base dell'ulteriore rigetto, legate all'interpretazione, da parte dell'Amministrazione, dell'art. 3 della legge 248/2006, argomentazioni di cui non si rinviene alcuna traccia nel primo provvedimento del 12.9.2006.

Ancora con riguardo a quest'ultimo ed alla conferma di diniego del 25.10.2006, anch'esso impugnato con ricorso principale, se è pur vero, come già sopra ricordato, che gli stessi sono stati adottati prima della scadenza del termine di adeguamento alla legislazione statale (1.1.2007), è parimenti innegabile che il successivo diniego del 30.1.2007, assorbendo in sé il contenuto lesivo dei pregressi atti negativi, fa sì che l'eventuale annullamento dell'ultimo atto impugnato con motivi aggiunti si riverberi sul diniego del 12.9.2006 e su quello del 25.10.2006, con diretto effetto caducante di questi ultimi.

Inoltre, appare necessario che il Collegio affronti preliminarmente anche le problematiche connesse all'impatto della legge 248/2006 con la vigente normazione regionale (l.r. 30/2003 e successive delibera di Giunta 17.5.2004), posto che l'Avvocatura comunale, nei propri scritti difensivi, asserisce come la regolazione comunale sul commercio si configuri come meramente attuativa della suindicata normativa regionale.

A tal proposito, ribadito quanto sopra esposto circa la natura dell'art. 3 della legge 248/2006, che attiene a materie oggetto di potestà legislativa esclusiva statale, ritiene il Tribunale come il rapporto fra quest'ultima e la normativa regionale non possa che individuarsi alla luce dell'art. 1 della legge 131/2003, recante *“Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”*.

In particolare, ai sensi del comma 2 della citata legge 131/2003, le disposizioni normative regionali vigenti nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano a trovare applicazione fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia.

Di conseguenza, attesa la finalità dell'art. 3 della legge 248/2006, devono ritenersi ormai prive di efficacia, quanto meno a partire dal 1 gennaio 2007 (termine per l'adeguamento da parte delle Regioni e degli Enti Locali), le prescrizioni della legge regionale 30/2003 (in particolare l'art. 8, commi 1, 2 e 3 della succitata legge), non più compatibili con la legge 248/2006. Parimenti appaiono prive di efficacia le disposizioni regionali di cui alla delibera di Giunta 17.5.2004, laddove attuative dei tre commi del suindicato art. 8 della l.r. 30/2003.

Ciò premesso, in relazione alla legittimità degli atti comunali, non può condividersi la tesi difensiva del Comune, secondo cui l'ordinanza del 19.4.2005 (la quale ha natura di atto regolamentare, posto che la normativa regionale attribuisce ai Comuni un potere di completamento ed attuazione degli indirizzi generali fissati dalla Regione stessa), sarebbe compatibile con la legge 248/2006.

Infatti, dopo aver ribadito, come già sopra esposto, che le novità della legge 248/2006 non si riferiscono certo alle sole attività di cui al D.Lgs. 114/1998, reputa il Tribunale che l'attuale assetto regolatorio comunale appare in contrasto con la lettera d), del citato art. 3, in forza della quale è illegittimo imporre il rispetto di *<<limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale>>*.

La resistente qualifica la propria ordinanza del 19.4.2005 come legittima, anche con riguardo alla citata lettera d) dell'art. 3, in quanto il parametro numerico introdotto sarebbe flessibile, per cui la concentrazione massima degli esercizi in una porzione del territorio comunale può variare in relazione a diversi elementi.

In realtà, il meccanismo dell'ordinanza sindacale *de quo* è tale da determinare quote definite di mercato, in contrasto con l'art. 3 legge 248/2006.

Infatti, la citata ordinanza prevede la fissazione di un tasso di concentrazione per zona dei pubblici esercizi, pari al rapporto fra le unità locali di somministrazione, calcolate in base ai rami aziendali preesistenti alla legge 287/1991 (tale cifra è moltiplicata per 100, per 1.000 o per

10.000) e la popolazione residente alla data del 31.12.2004 nella singola zona (v.si tabella a pag. 3 dell'ordinanza sindacale, doc. 10 del Comune).

Il tasso di concentrazione è quindi un dato numerico che dovrebbe costituire, per esplicita ammissione del Comune, un <<*idoneo grado di distribuzione dei punti di somministrazione*>>, il quale a sua volta dovrebbe garantire un rapporto equilibrato fra esercizi e popolazione, oltre che la migliore funzionalità del servizio (cfr. doc. 10 del Comune, pag. 2).

In realtà, il suindicato tasso di concentrazione finisce di fatto per predeterminare quote di mercato a favore degli esercizi esistenti sul territorio alla data del 31.12.2004.

Infatti, tenuto conto della stretta proporzione esistente fra numero dei residenti e numero degli esercizi in ogni zona (in base al calcolo matematico effettuato nella tabella di pag. 3 sopra menzionata), il tasso di concentrazione realizza una modalità attraverso la quale ogni singolo pubblico esercizio esistente viene correlato ad un numero predefinito (ritenuto congruo dal Comune), di residenti nella zona, che sono in tal modo "assegnati" al singolo esercizio, che si vede così di fatto attribuita una quota del mercato all'interno della zona stessa.

In altri termini: l'indicazione, effettuata dal Comune, di un numero di pubblici esercizi per ogni 100 (o più) residenti (in questo si risolve infatti la determinazione del tasso di concentrazione), equivale (i dati numerici della proporzione matematica non cambiano), ad indicare, per ogni pubblico esercizio esistente, il numero ottimale di residenti ad esso relativo, e tale ultimo numero altro non è che una <<*quota di mercato predefinita*>>, di cui all'art. 3 della legge 248/2006; tenuto altresì conto che, trattandosi di

esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, tutti i residenti sono potenzialmente consumatori nei suddetti esercizi, rappresentando quindi il “mercato” di riferimento.

Se si tiene ancora conto che il tasso di concentrazione zonale rappresenta, per esplicita ammissione dell’Amministrazione, una condizione di ottimale equilibrio, è ancora maggiormente evidente quanto sopra esposto e cioè che il menzionato tasso di concentrazione altro non realizza che la fissazione di quote di mercato in una zona per gli esercizi esistenti, ponendosi così in evidente contrasto con l’art. 3 della legge 248/2006 e le finalità di liberalizzazione e promozione della concorrenza ad esso sottese.

Si aggiunga ancora che appare tutto sommato apodittica l’affermazione del Comune secondo cui il tasso di concentrazione zonale così determinato (che cristallizza la diffusione dei pubblici esercizi in un determinato momento storico), sia di per sé idoneo a garantire l’equilibrio fra domanda ed offerta, oltre che l’interesse dei consumatori.

A diversa conclusione non induce la circostanza che l’ordinanza sindacale prevede elementi di flessibilità nella valutazione delle domande di apertura dei nuovi esercizi, costituiti dalla divisione del territorio in ulteriori tre fasce urbane concentriche e dalla previsione di fattori di sviluppo del tasso di concentrazione, oltre che di incrementi in base alla fluttuazione della popolazione.

Posto, infatti, che il fattore di sviluppo del tasso di concentrazione non vale per la fascia uno, ove dovrebbe collocarsi l’esercizio dell’esponente, gli incrementi di fluttuazione appaiono caratterizzati da rigidità (al di là del carattere opinabile degli aumenti percentuali indicati), e paiono volti

semmai ad allargare in minima parte gli spazi di mercato per gli eventuali nuovi ingressi, senza però eliminare la predeterminazione di quote di mercato per gli esercizi esistenti, che si realizza attraverso la fissazione del tasso di concentrazione zonale.

Del resto, l'applicazione dell'ordinanza sindacale porta l'Amministrazione, come nel caso di specie, all'affermazione che una zona del territorio è ormai "satura" di pubblici esercizi e tale asserzione, al di là del carattere tutto sommato apodittico (posto che non si comprende perché l'apertura di nuovi esercizi non sarebbe di per sé di alcuna utilità per i consumatori), conferma come il Comune abbia di fatto introdotto limiti all'esercizio di nuove attività economiche, prefissando un numero massimo di esercizi per zona (anche se tale numero può subire limitate oscillazioni in relazione ad alcuni elementi), e di conseguenza finendo per garantire agli esercizi esistenti una sorta di numero minimo di residenti/clienti nella zona stessa, equivalente ad una quota di mercato predefinita per le attività già operanti, in contrasto con il criterio di liberalizzazione introdotto dalla legge 248 del 2006.

In sintesi: la "ratio" delle nuove disposizioni della legge 248/2006 è nel senso che appare ormai precluso alle Amministrazioni adottare misure regolatorie che incidano, direttamente o indirettamente, sull'equilibrio fra domanda e offerta, che deve invece determinarsi in base alle sole regole del mercato.

La circolare ministeriale 28.9.2006 e la successiva risoluzione ministeriale 10.10.2006, citate dalla difesa comunale, non mutano l'orientamento del Collegio.

Infatti, anche a voler prescindere dal fatto che le circolari o le risoluzioni interpretative non vincolano certo il giudice amministrativo, costituendo semplici interpretazioni della normativa vigente, rivolte a soggetti determinati, la circolare ministeriale, all'art. 5, non pare certo collidere con le conclusioni del Tribunale, anzi il Ministero ribadisce la non ammissibilità di forme di programmazione fondate su quote massime di mercato <<comunque individuate>> e riferite ad <<ambiti territoriali predefiniti>>.

Quanto alla risoluzione ministeriale, che costituisce un semplice parere rivolto ad un Comune, occorre ricordare, come già sopra esposto, che l'interpretazione in essa contenuta è stata censurata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel proprio parere del 7.6.2007 sopra ricordato, fermo restando che una semplice risoluzione ministeriale non può certo spingersi ad eliminare o ad attenuare l'effetto innovativo dell'art. 3 della legge 248/2006.

Deve, pertanto, confermarsi, per le motivazioni suesposte (violazione dell'art. 3 del decreto legge 223/2006, convertito con legge 248/2006, oltre che eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione e travisamento e violazione della circolare 28.9.2006), l'accoglimento del ricorso principale e dei motivi aggiunti, con conseguente annullamento dell'ordinanza sindacale del 7.5.2005 impugnata con il ricorso principale e dell'ulteriore provvedimento comunale del 30.1.2007, contestato con i motivi aggiunti.

Con riguardo ai due atti negativi gravati con ricorso principale (provvedimenti comunali del 12.9.2006 e del 25.10.2006), l'annullamento dell'atto oggetto di motivi aggiunti ha effetto caducante, come già sopra esposto, nei loro riguardi.

Il Comune dovrà pertanto, alla luce della presente pronuncia, adeguare le proprie disposizioni regolamentari in materia di rilascio di nuove autorizzazioni per esercizi di somministrazione, ai principi di liberalizzazione contenuti nella novella legislativa statale richiamata.

Attesa la fondatezza, nel merito, del presente gravame, reputa il Tribunale di prescindere dall'esame dell'eccezione di carattere preliminare, sollevata alla ricorrente, circa la violazione dell'art. 10-bis della legge 241/1990 da parte del Comune.

2. Quanto alla domanda di accertamento dell'illegittimità del comportamento del Comune, per mancato adeguamento alla legge 248/2006, contenuta nell'atto di motivi aggiunti, la stessa deve reputarsi inammissibile, non essendo consentito al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, come nel caso di specie, adottare pronunce di accertamento dell'illegittimità di condotte dell'Amministrazione.

3. In ordine alla domanda di annullamento della circolare ministeriale del 28.9.2006, ritiene il Collegio che i motivi di contestazioni ad essa inerenti possono reputarsi assorbiti per effetto dell'accoglimento delle altre censure, atteso del resto che il gravame contro la circolare è stato proposto in via meramente eventuale (<<per quanto possa occorrere>>); senza contare che, come già sopra esposto, le circolari ministeriali interpretative non sono certo vincolanti per il giudice amministrativo, il quale può prescindere dalle medesime nell'interpretazione ed applicazione del diritto, senza necessità di un loro annullamento, qualora l'interpretazione offerta dall'Amministrazione sia *contra legem* (si vedano, fra le più recenti

decisioni sul punto, TAR Molise, 15.1.2007, n. 12; TAR Liguria, sez. II, 29.11.2005, n. 1614; Consiglio di Stato, sez. IV, 30.5.2005, n. 2768).

4. La domanda di risarcimento danni, contenuta sia nel ricorso principale sia in quello per motivi aggiunti, deve invece essere respinta.

Ritiene, infatti, il TAR che nel caso di specie faccia difetto un requisito essenziale per la declaratoria di responsabilità della Pubblica Amministrazione, vale a dire la “colpa” della medesima.

E’ noto, infatti, che la responsabilità risarcitoria dell’Amministrazione presuppone, oltre al danno ed al nesso causale fra la condotta dell’Amministrazione ed il danno stesso, anche l’elemento soggettivo, sotto il duplice profilo del dolo (insussistente nel caso di specie) e della colpa, da intendersi quest’ultima, non quale imperizia, negligenza o imprudenza della singola persona fisica, ma quale difettoso funzionamento complessivo dell’apparato pubblico, che si pone in contrasto con le regole di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 della Costituzione (si veda sul punto, oltre alla ormai “storica” sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 500/1999, fra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. V, 11.5.2007, n. 2348; Consiglio di Stato, sez. VI, 11.5.2007, n. 23306).

Orbene, la questione portata all’attenzione di questo Tribunale si caratterizza non solo per la novità, ma anche per la notevole complessità della materia trattata, nella quale trovano applicazione fonti diverse (legislazione statale e regionale, atti di pianificazione comunale), di non agevole coordinamento.

Proprio la rilevante complessità induce ad escludere la colpa del Comune pur in presenza di un'erronea interpretazione della vigente disciplina da parte degli uffici interessati.

Si aggiunga ancora, fermo restando quanto sopra esposto, che la società ricorrente, non è riuscita ad offrire concreta prova dei danni subiti, limitandosi ad allegare sul punto copia del contratto di locazione dei locali (doc. 8 esponente), senza altro addurre, nonostante l'espressa riserva, formulata nell'atto introduttivo, di <<ulteriormente argomentare>> sul punto.

5. La novità e la complessità delle questioni trattate inducono il Collegio a disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia - 4^a sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti in epigrafe, accoglie il ricorso principale, nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla l'ordinanza sindacale del 7.5.2005; accoglie in parte il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla il provvedimento del Comune di Milano del 30.1.2007. Dichiara inammissibile per il resto il ricorso per motivi aggiunti.

Rigetta la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 9 ottobre 2007, con l'intervento dei signori:

- Maurizio Nicolosi -

Presidente

- Gianluca Bellucci -

Primo Referendario

- Giovanni Zucchini -

Referendario - Estensore

Il Presidente

L'Estensore