N. 654/2011 Reg. Prov. Coll. N. 3057 Reg. Ric. ANNO 2009 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3057 del 2009, proposto da:

Coop. Edilizia a r.l. "B.", in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Salvatore Cittadino, con domicilio eletto presso lo stesso avv. Salvatore Cittadino in Catania, via O. Scammacca, 23/C;

contro

Comune di Caltagirone, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Paterniti La Via, con domicilio eletto presso lo stesso avv. Pietro Paterniti La Via in Catania, viale XX Settembre, 19;

per l'annullamento

- dell'ordinanza ingiunzione n. 3/09, prot. n. 55911 del 15.10.2009, notificata in data 16.10.2009, con cui il Comune di Caltagirone e specificatamente il Dirigente dell'Area 4^ assumendo di essere creditore nei confronti della Cooperativa, odierna ricorrente, della somma che il medesimo Comune ha pagato ai proprietari dell'area assegnata alla cooperativa a seguito della Sentenza del Tribunale di Caltagirone n. 334/02, ha ingiunto alla Cooperativa B. il pagamento della complessiva somma di Euro 100.590, 28 e di ogni altro atto antecedente, connesso o conseguenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Caltagirone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la Coop. Edilizia a r.l. "B." impugnava l'ordinanza

ingiunzione n. 3/09, prot. n. 55911 del 15.10.2009, notificata in data 16.10.2009, con cui il Comune di Caltagirone, premettendo di aver corrisposto somme a titolo di risarcimento dei danni ai proprietari dell'area assegnata alla cooperativa in diritto di superficie (aree sulle quali la ricorrente aveva realizzato il proprio programma costruttivo) a seguito della Sentenza del Tribunale di Caltagirone n. 334/02, aveva ingiunto alla Cooperativa B. il pagamento della complessiva somma di Euro 100.590, 28.

Il Comune aveva ritenuto che tali somme potessero essere pretese in capo alla Cooperativa Edilizia in dipendenza dell'obbligo, assunto dalla stessa in convenzione, di pagamento del corrispettivo dovuto al Comune per l'assegnazione in diritto di superficie delle aree di edilizia residenziale pubblica in questione.

In particolare, l'art. 4 della convenzione del 14.2.1995, ai sensi dell'art. 35 della L. n. 865/1971, aveva posto a carico della Cooperativa il pagamento al Comune di "una somma pari al costo di acquisizione delle aree sulle quali è concesso il diritto di superficie". Il successivo art. 6, lett.a), aveva ulteriormente precisato che "la Cooperativa si obbliga altresì a pagare direttamente o ad anticipare al Comune le ulteriori somme che, a qualsiasi titolo, dovranno o potranno essere riconosciute con provvedimento dell'autorità giudiziaria in via definitiva".

Il Comune aveva pertanto ritenuto che la Cooperativa fosse tenuta a pagare direttamente, o ad anticipare al Comune, le somme che questi risultasse tenuto a pagare a qualsiasi titolo per l'acquisizione delle aree a seguito di un provvedimento definitivo dell'Autorità Giudiziaria.

La Cooperativa, con il ricorso in epigrafe, avversava tale pretesa, ritenendola del tutto estranea agli obblighi dalla stessa assunti in convenzione, posto che la condanna al risarcimento dei danni era stata originata dall'annullamento dell'originaria procedura espropriativa per vizi riconducibili esclusivamente a fatto e colpa del Comune.

L'Amm.ne comunale si costituiva in giudizio e sollevava, pregiudizialmente, l'eccezione di difetto di giurisdizione.

Infatti, tutte le controversie in materia di diritti ed obblighi tra concedente e concessionario erano state rimesse dalle parti al giudizio di un collegio arbitrale (art. 18 della convenzione del 14.02.1995). Conseguentemente, secondo il Comune, sarebbe sottratto alla giurisdizione del Giudice Amministrativo ogni sindacato sul provvedimento amministrativo di ingiunzione alla Cooperativa di pagare quanto ancora dovuto a titolo di corrispettivo della concessione; provvedimento sindacabile soltanto innanzi al Collegio Arbitrale, a norma della su richiamata clausola compromissoria.

A contrasto di tale pregiudiziale eccezione la ricorrente, con memoria depositata il 7 gennaio 2011, sollevava diversi tipi di obiezioni, deducendo, sotto un primo profilo, la nullità della clausola compromissoria ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. perché non approvata con separata sottoscrizione, e, sotto un secondo profilo eccepiva che il Comune di Caltagirone con l'ordine di pagamento avrebbe automaticamente rinunciato alla clausola compromissoria.

La ricorrente, inoltre, invocava l'art. 3 della L. 244/2007 (legge finanziaria 2008), che al comma

21 ha previsto che nel caso di contratti sottoscritti precedentemente all'entrata in vigore della legge che prevedano clausole compromissorie è obbligatorio declinare la competenza arbitrale, se i relativi collegi arbitrali non si sono ancora costituiti alla data del 30 settembre 2007.

Il Comune, oltre a replicare a tali eccezioni, deduceva che, comunque, la controversia non apparterrebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Le somme che la Cooperativa è stata diffidata a pagare con l'ordinanza oggetto di causa costituiscono, secondo il Comune, il corrispettivo dovuto dalla Cooperativa concessionaria al Comune per l'acquisizione delle aree su cui la stessa ha realizzato il proprio programma costruttivo di edilizia agevolata convenzionata, secondo quanto previsto dall'art. 4 della convenzione.

E poichè l'attività svolta dallo Stato o dagli Enti pubblici in materia di edilizia popolare integra una fattispecie di "servizio pubblico", materia che, successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 204/04, è stata sottratta alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, in ogni caso la questione sarebbe sottratta a questo Giudice.

Questo Tribunale, con ordinanza cautelare n. 19/10 del 12 gennaio 2010, negava la chiesta sospensione, ritenendo infondato il ricorso introduttivo, alla luce dell'art. 6 della convenzione.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa, con ordinanza n. 283/10, riformava in appello la decisione cautelare di questo TAR, disponendo, nelle more del giudizio di merito, la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ed affermando che "appare necessario che la controversia sia esaminata nel merito con particolare riferimento all'eccezione di difetto di giurisdizione, che è stata sollevata dall'Amministrazione appellata".

Le parti hanno prodotto memorie, insistendo nelle rispettive difese.

Infine, all'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011, esaurita la trattazione orale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Come esposto in premesse di fatto, la controversia riguarda la legittimità o meno dell'ingiunzione di pagamento emessa da parte del Comune a carico della Cooperativa Edilizia resistente per somme dovute dal Comune stesso ai proprietari espropriati a titolo di risarcimento danni per illegittima occupazione, somme che da parte dell'Amm.ne si ritengono rientrare nel corrispettivo dovuto dalla Cooperativa al Comune per l'assegnazione in diritto di superficie delle aree di edilizia residenziale pubblica su cui la ricorrente ha realizzato il proprio programma costruttivo.

Ciò posto, preliminarmente va risolta la questione, agitata dalle parti, circa la giurisdizione a conoscere della controversia, questione sulla quale si sono delineate in premesse le rispettive contrapposte posizioni delle parti ricorrente e resistente.

Il Collegio ritiene che la questione sia devoluta a questo Giudice amm.vo, sulla base del condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come individuata nell'art. 34 l. 21 luglio 2000 n. 205, rientra la controversia riguardante il pagamento del corrispettivo versato dall'ente pubblico per l'acquisizione di un'area di piano per l'edilizia economica e popolare, giacché la scelta di inserire un'area in un piano per l'edilizia economica e popolare, così come la concessione in superficie ad una cooperativa edilizia, costituisce un concreto uso del territorio, espressione al tempo stesso di esercizio di poteri pubblicistici, in funzione dell'interesse pubblico che l'ente ha voluto perseguire, e fonte - sub specie della convenzione - di obblighi e diritti nei confronti dei soggetti privati beneficiari dell'assegnazione dell'area (Consiglio Stato, sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5359).

Anche in materia di obbligazioni di carattere risarcitorio la Giurisprudenza ha ritenuto che la convenzione ex art. 35 della l. n. 865 del 1971 con la quale sono cedute aree destinate all'edilizia economica e popolare a una cooperativa, che si obbliga all'edificazione ed urbanizzazione a determinate condizioni, è riconducibile ad una fattispecie pubblicisticamente connotata nella quale qualsiasi forma di intervento, anche atto ad incidere sul rapporto, può ritenersi attratta, ex art. 5 della 1. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nella quale rientrano nella giurisdizione anche le vicende risarcitorie del rapporto (T.A.R. Lazio Latina, 01 settembre 2005, n. 662).

Più di recente, la S.C. di Cassazione Civ., SS.UU., con sent. N. 7573 del 30.3.2009, dopo ampia disamina della normativa che regola l'espropriazione e la successiva assegnazione delle aree da destinare ad edilizia economica e popolare (alla quale per brevità si fa rinvio), con specifico riferimento alle convenzioni stipulate per atto pubblico tra amministrazione e richiedente, ivi incluse le convenzioni di cui all'art. 35 della L. n. 865/1971, dopo aver qualificato le stesse "contratti di diritto pubblico che, accessivi alle determinazioni autoritative della P.A., danno vita a rapporti qualificabili come concessioni amministrative complesse", la cui cognizione è devoluta
ex
art. 5 della L. n. 1034/1971 (applicabile alla fattispecie in esame) alla giurisdizione amm.va esclusiva, fatta salva la competenza dell'AGO per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ha precisato che tale deroga è "limitata alle controversie relative al mero pagamento delle somme dovute in ragione dei titoli indicati, ..., che non comportano alcuna indagine sul contenuto del rapporto e sugli atti posti in essere dalla PA al momento della sua costituzione o nel corso del suo svolgimento, non anche a quelle nelle quali si discuta della determinazione del contenuto dell'obbligazione stessa, qual è anche la determinazione della somma da corrispondere".

Ebbene, il caso in esame consiste in una controversia circa la portata della convenzione, nella parte in cui ha previsto la corresponsione da parte della Cooperativa del corrispettivo del diritto di superficie, dovendosi interpretare la relativa clausola e la legittimità della stessa, sotto lo specifico aspetto se debba o meno intendersi ricompreso il rimborso di somme dovute a titolo di risarcimento dei danni per illegittima occupazione.

Pertanto, contrariamente alle tesi difensive dell'Amm.ne, la questione non è sottratta alla

cognizione di questo Giudice.

II. Tanto chiarito, occorre soffermarsi sulla compromettibilità in arbitri della controversia, per come previsto dall' art. 18 della convenzione del 14.02.1995.

La stessa va esclusa, sebbene per ragioni diverse da quelle opposte dalla Difesa di parte ricorrente, e precisamente va ritenuta la nullità della clausola compromissoria in quanto, sussistendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 5 della legge n. 1034 del 1971 e trattandosi di una convenzione anteriore alla legge n. 205 del 2000, è esclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato, non potendo avere alcun rilievo (sanante) il sopravvenuto art. 6 della legge n. 205 del 2000: la suddetta norma sopravvenuta, in mancanza della espressa previsione della sua efficacia retroattiva, non può infatti avere effetti sananti della originaria invalidità della clausola stipulata, valutata sulla base delle norme vigenti al momento del perfezionamento dell'atto, secondo i principi in materia di successione di leggi nel tempo propri dei contratti.

In proposito, la problematica è stata ben ricostruita da T.A.R. Lazio Roma, con sentenza della sez. II, 23 marzo 2006, n. 2073, con la quale si è chiarito che "antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 6 comma 2, l. n. 205 del 2000 - il quale ha previsto che le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto - era giurisprudenza consolidata che il potere giurisdizionale degli arbitri, in quanto trova fondamento nella volontà delle parti di derogare convenzionalmente alla competenza del giudice civile, sussiste solo nell'ambito della giurisdizione di quest'ultimo; ne consegue che non potevano essere deferite al giudice privato controversie che esorbitano dalla giurisdizione del giudice ordinario per essere la materia deferita al giudice amministrativo, sia come giurisdizione generale di legittimità, sia come giurisdizione esclusiva, con conseguente nullità delle clausole convenzionali che deferivano alla competenza arbitrale le controversie relative a situazioni di diritto soggettivo rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In tale contesto, la disposizione di cui all'art. 6 comma 2, l. n. 205 del 2000, risolve un problema di merito in quanto investe la validità del compromesso o della clausola arbitrale, ma alla stessa non può riconoscersi efficacia sanante dell'originaria invalidità del compromesso o della clausola arbitrale, stipulati anteriormente all'entrata in vigore della stessa, in assenza di una specifica previsione di efficacia retroattiva della menzionata norma".

Nello stesso senso: Cassazione civile, sez. un. , 18 novembre 2008, n. 27336 e 29 aprile 2009, n. 9952; più di recente, T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 18 novembre 2010, n. 10394.

Ne consegue la nullità della clausola arbitrale in questione; la quale, per inciso, sarebbe comunque nulla per una ulteriore autonoma causa, trattandosi di arbitrato secondo equità, come espressamente stabilito nell'ultimo capoverso dell'art. 18 della convenzione di cui trattasi.

In proposito, la Giurisprudenza ha chiarito che il ricorso all'arbitrato, previsto dall'art. 6, comma 2, l. 21 luglio 2000 n. 205, nelle controversie concernenti materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo l'art. 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, è possibile solo per le controversie da risolvere mediante arbitrato rituale di diritto, e non anche quando la

clausola compromissoria demandi agli arbitri una decisione da adottare secondo equità. (Cassazione civile, sez. un. , 25 novembre 2008, n. 28043).

III. Così definite le questioni pregiudiziali, nel merito il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato, alla luce delle considerazioni che seguono, alle quali occorre brevemente premettere che, dall'esame della documentazione in atti, ed in particolare la Convenzione e le decisioni giurisprudenziali da cui origina il contenzioso, risulta che:

la Cooperativa ricorrente venne ammessa nell'anno 1985 a contributo regionale per la realizzazione di un programma sociale costruttivo a proprietà indivisa per la realizzazione di 12 alloggi sociali nel Comune di Caltagirone; pertanto la Cooperativa chiese l'assegnazione in diritto di superficie di mq 1972 di area.

Il comune, in accoglimento della richiesta, con delib. C.C. del 29.4.1986 n. 77 assegnò alla Coop. S. B. in diritto di superficie l'area in questione.

Il 21.10.1986 venne stipulata la convenzione.

Ma "durante la fase di realizzazione del programma costruttivo (cfr. lett.P delle "premesse" della Convenzione del 14.2.1995) " il TAR Catania accolse il ricorso dei proprietari dei terreni interessati dall'intervento, annullando la delib. CC n. 74/1986 e gli atti conseguenziali, giusta sent. N. 398/1990, confermata in appello con decisione del CGA n. 82/1993.

Pertanto, con delib. C.C. n. 6 del 4.2.1994 il Comune riapprovò il programma costruttivo e, con successiva delib. C.C. n. 135/1994 riassegnò l'area alla Coop. S.B..

Indi venne stipulata, il 14.2.1994, la Convenzione, ove tutti i citati precedenti, anche giudiziari, vennero riportati nelle premesse.

Dalla lettura della sentenza del Tribunale di Caltagirone n. 334/2003, emessa sul proc. N. 791/1995, incardinato dai proprietari espropriandi per ottenere il risarcimento dei danni da illegittima occupazione, si ricava che, a seguito della delib. C.C. del 29.4.1986 n. 77, di assegnazione dell'area alla Coop. S. B., il Comune, con ordinanza sindacale n. 37 del 17.9.1988, ne disponeva l'occupazione d'urgenza, che veniva eseguita il 31.10.1988.

Il Tribunale, accertato che il programma costruttivo era stato annullato in sede giurisdizionale e che l'immissione in possesso era avvenuta il 31.10.1988 in assenza di valido titolo, con conseguente illegittimità dell'occupazione fino al 4.2.1994 (data di riapprovazione del programma costruttivo), condannava il Comune al risarcimento del danno, determinato con il criterio degli interessi legali sul valore venale del terreno.

Tanto premesso, va ricordato che l'art. 4 della convenzione del 14.2.1995, ai sensi dell'art. 35 della L. n. 865/1971, aveva posto a carico della Cooperativa il pagamento al Comune di "una somma pari al costo di acquisizione delle aree sulle quali è concesso il diritto di superficie".

Ma il successivo art. 6, lett.a), aveva ulteriormente precisato che "la Cooperativa si obbliga

altresì a pagare direttamente o ad anticipare al Comune le ulteriori somme che, a qualsiasi titolo, dovranno o potranno essere riconosciute con provvedimento dell'autorità giudiziaria in via definitiva".

La portata della disposizione da ultimo citata appare apprezzabile se si pone mente alla circostanza che, nella premesse della convenzione del 14.2.1995, venivano dettagliatamente riportati tutti gli antefatti, con particolare riferimento alla circostanza che l'originario programma costruttivo era stato annullato in sede giurisdizionale.

Ebbene, facendo uso degli usuali criteri teleologici in tema di interpretazione del contratto, è agevole desumere che, se l'art. 4 della convenzione del 14.2.1995 si è limitato, ai sensi dell'art. 35 della L. n. 865/1971, a porre a carico della Cooperativa il pagamento al Comune del costo di acquisizione delle aree, l'art. 6, nell'addossare alla Cooperativa, con una formulazione di chiusura, tutte le "somme che, a qualsiasi titolo, dovranno o potranno essere riconosciute con provvedimento dell'autorità giudiziaria in via definitiva", ha evidentemente avuto lo scopo di tenere indenne l'Amm.ne comunale da qualsiasi pregiudizio economico che sarebbe potuto derivare, anche in futuro, da eventuali contenziosi incardinati da terzi in dipendenza dalla procedura espropriativa in questione.

In altri termini, è evidente l'intento del Comune di garantirsi da futuri esborsi, che al momento della stipula della convenzione (nell'anno 1994) non potevano che apparire altamente probabili, atteso che era già intervenuto l'annullamento degli atti che avevano condotto alla prima immissione in possesso; e tale precedente entrò a far parte della formazione delle volontà delle parti, al momento in cui venne dettagliatamente riportata nelle premesse della convenzione.

Al riguardo, è senz'altro condivisibile l'orientamento espresso da Consiglio Stato, sez. IV, con la decisione n. 4813 del 22 luglio 2010 invocata da parte ricorrente, secondo la quale, nell'ipotesi in cui l'acquisizione delle aree da destinare alla realizzazione dei piani di edilizia economica e popolare avvenga non già mediante le procedure espropriative di legge, bensì come effetto di un fatto illecito che fa sorgere nei proprietari delle aree il diritto al risarcimento del danno per la perdita della proprietà ai sensi dell'art. 2043 c.c., il principio dell'integrale copertura dei costi sostenuti per l'acquisto viene meno, atteso che si è fuori dalla lettera e dalla ratio dell'art. 35, l. 22 ottobre 1971 n. 865, non potendosi fare ricadere sui concessionari delle aree e loro aventi causa i maggiori costi determinatisi in forza di una acquisizione delle aree realizzate con un fatto civilisticamente illecito.

Ma tale principio, secondo il quale il beneficiario non può ritenersi obbligato nei confronti del Comune se non nei soli limiti impostigli dalla legge e dal corretto comportamento dell'Amministrazione, legato alla corretta acquisizione delle aree nel rispetto della procedura espropriativa prevista dalla legge, ben poteva essere invocato dalla Cooperativa prima della stipula della convenzione, allo scopo di circoscrivere la portata delle relative obbligazioni, sottraendosi alla richiesta, da parte del Comune, di essere garantito da ipotetici futuri esborsi in dipendenza da controversie risarcitorie connesse all'annullamento di propri atti.

Ma avendo la Cooperativa, liberamente, pattuito una clausola siffatta, non può oggi sottrarsi al relativo adempimento.

Pertanto, interpretata nei superiori sensi la portata dell'art. 6 della convenzione, ne discende la debenza delle somme pretese dal Comune.

Quanto all'eccezione di prescrizione, la stessa va disattesa, in quanto, come obiettato dal Comune, non si verte in materia di risarcimento danni, ma di obbligo contrattualmente assunto dalla Cooperativa di corrispondere al Comune quanto dallo stesso dovuto a terzi per l'acquisizione delle aree, di guisa che si tratta di rapporto contrattuale, soggetto alla ordinaria prescrizione decennale, decorrente dalla data della notifica della sentenza del Tribunale di Caltagirone n. 334, depositata il 22.6.2002.

Quanto alla circostanza che non risulterebbero ancora pagate le somme di cui alla richiamata sentenza, occorre ricordare che con l'art. 6, lett.a), della Convenzione la Cooperativa si è obbligata a pagare direttamente " o ad anticipare" al Comune le ulteriori somme riconosciute con provvedimento dell'autorità giudiziaria, per cui non è affatto richiesta la dimostrazione dell'intervenuto pagamento da parte del Comune.

IV. Conclusivamente il ricorso viene rigettato.

Nella complessità delle questioni trattate si ravvisano, in via eccezionale, giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio (cfr., sui presupposti per disporre la compensazione delle spese secondo il nuovo c.p.a., Consiglio di Giustizia Amministrativa - Sezione Giurisdizionale - Sentenza 25 gennaio 2011 n. 89).

P. Q. M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Calogero Ferlisi

L'ESTENSORE

Maria Stella Boscarino

IL CONSIGLIERE

Gabriella Guzzardi

Depositata in Segreteria il 15 marzo 2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)