

ISSN 1127-8579

Publicato dal 22/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29427-implicitamente-il-legislatore-del-2010-decreto-legislativo-53-2010-attuazione-della-direttiva-ricorsi-obbliga-il-ricorrente-di-un-appalto-pubblico-a-richiedere-prima-il-subentro-contrattuale-e-po>

Autore: Lazzini Sonia

Implicitamente il legislatore del 2010 (decreto legislativo 53/2010_ attuazione della direttiva ricorsi) obbliga il ricorrente di un appalto pubblico, a richiedere prima il subentro contrattuale e poi il risarcimento del danno meramente patrimoniale: altr

deroga alla scelta del tipo di risarcimento

Implicitamente il legislatore del 2010 (decreto legislativo 53/2010_ attuazione della direttiva ricorsi) obbliga il ricorrente di un appalto pubblico, a richiedere prima il subentro contrattuale e poi il risarcimento del danno meramente patrimoniale: altrimenti il giudice dovrà applicare l'istituto civilistico del Concorso del fatto colposo del creditore, come delineato dall'articolo 1227 codice civile (nuovo articolo 245_quinquies del codice dei contratti)

Mentre, in linea generale, secondo le coordinate civilistiche, desumibili dalla lettura sistematica degli articoli 2043, 2058 e 2933 del codice civile, la riparazione del danno patrimoniale ingiusto extracontrattuale subito dal proprietario di un bene può avvenire, alternativamente, tramite la corresponsione dell'equivalente monetario, oppure mediante la reintegrazione in forma specifica, attuata mediante la restituzione, accompagnata dalla fisica e materiale riparazione o sostituzione della cosa danneggiata, distrutta o resa inservibile per l'uso;

Nelle controversie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, dal 27 aprile 2010, il legislatore invita il ricorrente a richiedere prima il risarcimento in forma specifica, ed in subordine, quello per equivalente

Infatti il nuovo articolo 245_quinquies del codice dei contratti così recita:

ART. 245-quinquies.

Tutela in forma specifica e per equivalente

1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.”.

Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti).

Tratto dalla sentenza numero 7262 del 16 aprile 2010 , pronunciata dal Tar Lazio, Roma

<<- la regola della alternatività non impedisce, ovviamente, la complementarità delle due tutele in particolari casi, considerando che il risarcimento per equivalente va comunque riconosciuto per quelle componenti del pregiudizio economico non riparabili in forma specifica, quali l'indisponibilità del bene nel periodo precedente la perdita della proprietà. Inoltre, la regola dell'alternatività è puntualmente ribadita nell'ambito del risarcimento del danno derivante dall'attività provvedimento illegittima; in particolare, l'articolo 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, contiene un esplicito riferimento ad entrambi i tipi di risarcimento e reintegrazione del pregiudizio, posti sullo stesso piano;

- nella sistematica civilistica si prevedono anche alcune specifiche disposizioni dirette a regolare il rapporto fra le due forme di tutela. In questa direzione, l'articolo 2058 del codice civile esclude il risarcimento in forma specifica solo qualora ciò sia considerato "eccessivamente oneroso" per il debitore o risulti contrastante con l'economia nazionale. Si veda anche sul punto l'art. 2933, comma secondo, del codice civile e le relative interpretazioni in merito offerte sia dalla giurisprudenza civilistica che da quella amministrativa (si veda in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2005 n. 2095 e Sez. IV, 3 maggio 2005 n. 2140);

- nella prospettiva del codice si muove ragionevolmente dall'idea secondo cui il risarcimento in forma specifica comporti, per il debitore, un sacrificio maggiore del risarcimento meramente patrimoniale e, pertanto, si prevedono alcune eccezionali limitazioni. Tali restrizioni operano "unidirezionalmente", nel senso che circoscrivono lo spazio applicativo della tutela in forma specifica, ma non delimitano mai l'operatività del diritto al risarcimento per equivalente.

Fermo quanto sopra, al di fuori di questi limiti espliciti, la previsione dell'alternatività delle due forme di tutela comporta, evidentemente, l'attribuzione al danneggiato del diritto di optare per la modalità risarcitoria ritenuta più idonea a proteggere i propri interessi. Né il giudice, né tanto meno l'autore dell'illecito possono contrastare tale scelta, al di fuori dei confini indicati dall'articolo 2058 del codice civile. In particolare, non è attribuito al danneggiante il potere di paralizzare - automaticamente - la domanda risarcitoria per equivalente proposta dall'interessato, mediante la mera offerta di una riparazione in forma specifica. Non vi sono, quindi, limiti espliciti, o derivanti da principi di creazione giurisprudenziale, alla utilizzabilità dell'ordinario strumento di tutela del risarcimento per equivalente.

In termini generali, peraltro, la Cassazione ha da tempo affermato il principio secondo cui la scelta del tipo di risarcimento (se in forma specifica o per equivalente) spetta al danneggiato (si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005 n. 6960). Gli strumenti di tutela del soggetto interessato, infatti, rientrano nella disponibilità della parte, la quale, in base alle circostanze, può ritenere preferibile l'una o l'altra forma di realizzazione dell'interesse leso dal comportamento illecito del danneggiante. Tale principio opera anche nei casi in cui il danno discenda dalla materiale apprensione di un bene e dalla sua radicale trasformazione fisica, e il risarcimento in forma specifica miri alla restituzione del bene, ovviamente nel suo stato originario e con le medesime potenzialità di utilizzazione presenti prima dell'evento dannoso.

La stessa giurisprudenza, tuttavia, ha chiarito che la regola dell'alternatività non osta a che il danneggiante, secondo i principi generali in tema di obbligazione, e fino a quando non intervenga la sentenza esecutiva, risarcisca spontaneamente il danno, anche in forma diversa da quella scelta dal creditore, salva la possibilità, per quest'ultimo, di rifiuto, che, ove ingiustificato e determinante un aggravamento del danno, comporta, tuttavia, la riduzione del risarcimento dovuto, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. (Cass. Civ., Sez. III, 21 maggio 2004, n. 9709).

In questa prospettiva, quindi, solo il comportamento materiale dell'autore dell'illecito, che si sostanzia nella concreta eliminazione del danno, potrebbe comportare la riduzione, anche cospicua, dell'obbligazione risarcitoria, secondo le coordinate dell'articolo 1227 del codice civile. E non potrebbe

escludersi nemmeno che il danneggiante riesca ad eliminare completamente il danno prima della pronuncia della sentenza di condanna.

Ma occorre ribadire, che, per la giurisprudenza della Cassazione, anche in queste ipotesi, la condotta del debitore non è sempre idonea a fermare – ope iuris - la pretesa risarcitoria del danneggiato, il quale, in base alle circostanze concrete - potrebbe rifiutare, giustificatamente, il risarcimento specifico, preferendo l'equivalente monetario. Si pensi ai casi in cui la restituzione della cosa avvenga a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'illecito e dall'inizio dell'utilizzazione dell'immobile>>

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 7262 del aprile 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

**N. 07262/2010 REG.SEN.
N. 19144/2000 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 il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 19144 del 2000, proposto da: “SOC. RICORRENTE a r.l.”, in persona del rappresentante legale pro tempore, e TOURNON Francesco, rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Pallottino, presso il cui studio sono elettivamente rappresentati in Roma, Via Oslavia n. 14;

contro

- il COMUNE DI ROMA, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Rossi, dell'Avvocatura comunale presso la cui sede è elettivamente domiciliato in Roma, Via del Tempio di Giove n. 21;
- la “SOC. COOP. CONSORZIO CONTROINTERESSATO-CO.RI a r.l.”, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per il risarcimento del danno

da accessione invertita per intervenuta esecuzione di opera pubblica su terreni oggetto di occupazione d'urgenza non seguita da decreto di esproprio.

Visto il ricorso con i documenti allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell'intimato Comune di Roma ed i documenti prodotti;

Esaminate le ulteriori memorie prodotte;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2009 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Premette la Ricorrente S.r.l. che il Comune di Roma ebbe a dare avvio nel 1988 ad una procedura espropriativa avente ad oggetto terreni di proprietà della medesima ricorrente, in forza della delibera della Giunta municipale 30 agosto 1988 n. 5784 che stabiliva un termine di 5 anni per l'esaurimento della ridetta procedura.

Riferiva la ricorrente – proprietaria dei terreni distinti in catasto al foglio 804 particelle 182/r (poi 374) e 183/r (poi 375) ricadenti nel piano di zona 60 bis "Colli Portuensi Nord"-Comparto R/2 - che il Comune di Roma ebbe, altresì, ad assegnare i terreni in questione al Consorzio CO.RI. in diritto di superficie per la realizzazione di un intervento di edilizia residenziale pubblica

A quel punto la procedura ebbe il seguente sviluppo, per come emerge dalla documentazione depositata:

- in data 2 novembre 1988 il Comune si immetteva nel possesso delle aree che venivano contestualmente consegnate al suindicato Consorzio per l'inizio dei lavori;
- le operazioni di costruzione dell'intervento edilizio e delle pertinenze nonché di realizzazione delle opere di urbanizzazione avvennero nel periodo seguente, con trasformazione irreversibile dei fondi;
- scaduto il termine per l'occupazione legittima, questo veniva prorogato ex art. 22 della legge 20 maggio 1991 n. 158 per un periodo di ulteriori due anni, allo spirare del quale non fu emanato alcun provvedimento espropriativo.

La Società Ricorrente successivamente, con atto Notaio Floridi di Roma del 9 giugno 2000 rep. n. 17093, vendeva al Signor Tournon tutti i diritti relativi alla particella immobiliare 183/r (375).

Da qui il presente giudizio con il quale le parti ricorrenti chiedono il risarcimento dei danni subiti all'illegittima occupazione acquisitiva perpetrata ai loro danni dal Comune di Roma.

2. – Si è costituito in giudizio il Comune di Roma non contestando nei fatti la ricostruzione dei ricorrenti e rammentando che effettivamente:

- i terreni erano stati occupati in virtù della delibera di Giunta municipale 30 agosto 1988 n. 5784;
- in data 2 novembre 1988 il Comune si era immesso nelle aree, immediatamente consegnate al Consorzio CO.RI. per l'esecuzione degli interventi edilizi e delle ulteriori opere;
- dette opere erano state effettivamente realizzate con irreversibile trasformazione dei fondi;
- i termini di occupazione legittima, nonostante la proroga, erano scaduti senza che l'Amministrazione completasse il percorso procedimentale di espropriazione con l'adozione del provvedimento conclusivo.

Sostiene l'Amministrazione comunale che oramai nessun dubbio si pone circa la giurisdizione del giudice amministrativo in materia e che, seppure la vicenda rimonta ad un'epoca precedente rispetto all'entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001 ed in particolare rispetto all'art. 43 di quel decreto, che declina l'attuale regime solutorio delle espropriazioni per pubblica utilità che intervengono senza il corretto sviluppo procedimentale che le deve necessariamente assistere, dovrebbe ritenersi pienamente applicabile anche al presente caso la regola secondo la quale il "risarcimento del danno per equivalente può essere validamente adottato dal giudice adito anche in mancanza di un formale provvedimento di acquisizione ex articolo 43 del Testo unico sugli espropri" (così, testualmente, a pag. 4 della memoria conclusiva di parte resistente).

Quanto al valore del bene da riconoscere, a titolo risarcitorio, il Comune di Roma sostiene che l'ammontare da liquidarsi deve essere condizionato dal (ed al) valore dei terreni per come identificato dalle stesse parti oggi ricorrenti successivamente all'intervenuta procedura di occupazione acquisitiva e concretamente evincibile con rinvio all'atto di compravendita stipulato tra i medesimi ricorrenti, per atto Notaio Floridi rep. n. 17093, nel quale per l'intero compendio immobiliare pari a 25.000 metri quadrati il prezzo è stato indicato in 70 milioni di lire: ne deriva che l'ammontare del risarcimento preteso dai ricorrenti nell'atto introduttivo non può – nei fatti – esser loro riconosciuto.

3. – In via preliminare e solo per incidens il Collegio rammenta che nessun dubbio si pone in ordine alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo nella controversia de qua atteso che, come ha ben chiarito la Corte costituzionale nella decisione 11 maggio 2006 n. 191 e come è ben specificato nell'art. 53 del D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, detta competenza giurisdizionale sussiste, nella veste esclusiva, ogni qualvolta la richiesta risarcitoria la cui fondatezza è oggetto del giudizio tragga origine da una procedura espropriativa avviata e non conclusa, anche nell'ipotesi in

cui vi sia stata l'apprensione del bene per effetto di una legittima occupazione con irreversibile trasformazione dei suoli e non si sia completata, sotto il profilo della formalità amministrativa, l'operazione ablatoria con l'adozione del relativo provvedimento di esproprio (in tal senso si veda anche Cons. Stato, Ad. pl., 30 luglio 2007 n. 9).

Sul punto è sufficiente richiamare, la puntuale ricostruzione operata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la decisione 27 giugno 2007 n. 14794 - seguita tra le altre dalle sentenze 15 luglio 2008 n. 19500 e 23 aprile 2008 n. 10444, sempre delle Sezioni Unite - là dove viene delineato, riguardo alla giurisdizione in tema di azioni di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva (o appropriativa), un esauriente quadro di ricostruzione del succedersi delle ipotesi di giurisdizione correlate a ormai note vicende normative e giurisprudenziali.

Il predetto quadro è stato così delineato:

- a) le controversie in materia di occupazione appropriativa iniziate in periodo ancora antecedente al 1 luglio 1998, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, secondo l'antico criterio di riparto diritti soggettivi - interessi legittimi;
- b) le stesse controversie, se iniziate nel periodo corrente dal 1 luglio 1998 al 10 agosto 2000, data di entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, restano attribuite al giudice ordinario, per effetto della sentenza n. 281 del 2004 della Corte Costituzionale, che, ravvisando nell'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998, anteriormente alla riscrittura operata con l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, un eccesso di delega, dichiarò l'incostituzionalità delle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva;
- c) le predette controversie sono invece attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se iniziate a partire dal 10 agosto 2000, data di entrata in vigore dell'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come riformulato dall'art. 7 della citata legge n. 205 del 2000;

d) la stessa giurisdizione, infine, sarà giustificata dalla previsione dell'art. 53 del D.P.R. n. 327 del 2001, se la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta a partire dal 1 luglio 2003, data di entrata in vigore del T.U. sulle espropriazioni.

In sostanza, solo il ristoro discendente da mere condotte illecite ex art. 2043 c.c. – come è il caso, ad esempio, dell' occupazione di aree non comprese nell'originario progetto dell'opera pubblica - e non anche dall'adozione di atti illegittimi costituisce un'ipotesi di risarcimento da comportamento materiale ingiusto, con conseguente devoluzione della relativa controversia al giudice ordinario (cfr. Cons. stato, Sez. IV, 20 luglio 2009 n. 4571 il quale richiama anche Cass. civ., SS.UU., 20 marzo 2008 n. 7442, 19 aprile 2007 n. 9323 e 15 giugno 2006 n. 13911).

4. – Il secondo punto di valutazione che si impone al Collegio in ordine alla controversia sottoposta al suo esame è riferito alla applicabilità o meno delle disposizioni contenute nell'art. 43 del D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 a fattispecie ablatorie che, caratterizzate da una evidente forma patologica, siano temporalmente riconducibili, quanto meno con riferimento all'avvio della relativa procedura, ad un'epoca antecedente rispetto all'entrata in vigore del Testo unico sulle espropriazioni.

Il citato art. 43, come è noto, ha introdotto una normativa speciale sugli effetti dell'illegittimità dell'atto, che appare prevalente rispetto a quella generale, pur successiva, rintracciabile nella legge sul procedimento. Detta norma stabilisce, infatti, che "Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo".

Il legislatore ha così ipotizzato non solo che l'acquisizione possa essere comunque disposta senza che venga seguita la via maestra del procedimento, con tutte le garanzie per esso previste, ma ha anche previsto che nel caso di fondatezza del ricorso, proposto anche avverso un atto di acquisizione, sia esclusa comunque la restituzione del bene.

Resta pur sempre ben chiaro nella norma che l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante si caratterizza per la discrezionalità sussistente in capo all'Amministrazione ai fini della scelta sul "se" adottare tale atto ovvero affrontare – l'eventuale – controversia giurisdizionale e la conseguente decisione del giudice amministrativo in merito alla possibilità di restituire il fondo ovvero di risarcire il danno.

Posto che, come nella specie è documentalmente dimostrato e comunque non costituisce oggetto di dubbio tra i controvertenti (cfr. sul punto la difesa del Comune resistente), la vicenda qui in esame è caratterizzata dalla patologica attività dell'Amministrazione, che non ha mai adottato il provvedimento conclusivo della procedura espropriativa e che in merito ai fondi fatti oggetto di occupazione acquisitiva non è stata proposta dai ricorrenti alcuna domanda restitutoria, orientando gli stessi la loro principale domanda verso il risarcimento dei danni subiti, siffatto comportamento processuale tenuto dalla parte ricorrente, accompagnato dalla documentata dimostrazione dell'ormai intervenuta trasformazione irreversibile dei fondi per la realizzazione di abitazioni di edilizia economica e popolare, di talché non è materialmente possibile la restituzione dei fondi ai ricorrenti, costituiscono elementi utili a ritenere che al giudice adito non rimane che valutare la sola domanda risarcitoria proposta, anche in assenza di provvedimento di acquisizione da parte dell'Ente.

5. – D'altronde recentemente, pur tenendo conto di orientamenti non univoci in materia espressi dalla giurisprudenza amministrativa, è stato affermato che (cfr.

Cons. giust. reg. sic. 25 maggio 2009 n. 486 e la precedente 18 febbraio 2009 n. 51, i cui contenuti qui di seguito si sintetizzano nei passaggi salienti):

- in linea generale, secondo le coordinate civilistiche, desumibili dalla lettura sistematica degli articoli 2043, 2058 e 2933 del codice civile, la riparazione del danno patrimoniale ingiusto extracontrattuale subito dal proprietario di un bene può avvenire, alternativamente, tramite la corresponsione dell'equivalente monetario, oppure mediante la reintegrazione in forma specifica, attuata mediante la restituzione, accompagnata dalla fisica e materiale riparazione o sostituzione della cosa danneggiata, distrutta o resa inservibile per l'uso;

- la regola della alternatività non impedisce, ovviamente, la complementarità delle due tutele in particolari casi, considerando che il risarcimento per equivalente va comunque riconosciuto per quelle componenti del pregiudizio economico non riparabili in forma specifica, quali l'indisponibilità del bene nel periodo precedente la perdita della proprietà. Inoltre, la regola dell'alternatività è puntualmente ribadita nell'ambito del risarcimento del danno derivante dall'attività provvedimento illegittima; in particolare, l'articolo 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, contiene un esplicito riferimento ad entrambi i tipi di risarcimento e reintegrazione del pregiudizio, posti sullo stesso piano;

- nella sistematica civilistica si prevedono anche alcune specifiche disposizioni dirette a regolare il rapporto fra le due forme di tutela. In questa direzione, l'articolo 2058 del codice civile esclude il risarcimento in forma specifica solo qualora ciò sia considerato "eccessivamente oneroso" per il debitore o risulti contrastante con l'economia nazionale. Si veda anche sul punto l'art. 2933, comma secondo, del codice civile e le relative interpretazioni in merito offerte sia dalla giurisprudenza civilistica che da quella amministrativa (si veda in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2005 n. 2095 e Sez. IV, 3 maggio 2005 n. 2140);

- nella prospettiva del codice si muove ragionevolmente dall'idea secondo cui il risarcimento in forma specifica comporta, per il debitore, un sacrificio maggiore del risarcimento meramente patrimoniale e, pertanto, si prevedono alcune eccezionali limitazioni. Tali restrizioni operano "unidirezionalmente", nel senso che circoscrivono lo spazio applicativo della tutela in forma specifica, ma non delimitano mai l'operatività del diritto al risarcimento per equivalente.

Fermo quanto sopra, al di fuori di questi limiti espliciti, la previsione dell'alternatività delle due forme di tutela comporta, evidentemente, l'attribuzione al danneggiato del diritto di optare per la modalità risarcitoria ritenuta più idonea a proteggere i propri interessi. Né il giudice, né tanto meno l'autore dell'illecito possono contrastare tale scelta, al di fuori dei confini indicati dall'articolo 2058 del codice civile. In particolare, non è attribuito al danneggiante il potere di paralizzare - automaticamente - la domanda risarcitoria per equivalente proposta dall'interessato, mediante la mera offerta di una riparazione in forma specifica. Non vi sono, quindi, limiti espliciti, o derivanti da principi di creazione giurisprudenziale, alla utilizzabilità dell'ordinario strumento di tutela del risarcimento per equivalente.

In termini generali, peraltro, la Cassazione ha da tempo affermato il principio secondo cui la scelta del tipo di risarcimento (se in forma specifica o per equivalente) spetta al danneggiato (si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005 n. 6960). Gli strumenti di tutela del soggetto interessato, infatti, rientrano nella disponibilità della parte, la quale, in base alle circostanze, può ritenere preferibile l'una o l'altra forma di realizzazione dell'interesse leso dal comportamento illecito del danneggiante. Tale principio opera anche nei casi in cui il danno discenda dalla materiale apprensione di un bene e dalla sua radicale trasformazione fisica, e il risarcimento in forma specifica miri alla restituzione del

bene, ovviamente nel suo stato originario e con le medesime potenzialità di utilizzazione presenti prima dell'evento dannoso.

La stessa giurisprudenza, tuttavia, ha chiarito che la regola dell'alternatività non osta a che il danneggiante, secondo i principi generali in tema di obbligazione, e fino a quando non intervenga la sentenza esecutiva, risarcisca spontaneamente il danno, anche in forma diversa da quella scelta dal creditore, salva la possibilità, per quest'ultimo, di rifiuto, che, ove ingiustificato e determinante un aggravamento del danno, comporta, tuttavia, la riduzione del risarcimento dovuto, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. (Cass. Civ., Sez. III, 21 maggio 2004, n. 9709).

In questa prospettiva, quindi, solo il comportamento materiale dell'autore dell'illecito, che si sostanzia nella concreta eliminazione del danno, potrebbe comportare la riduzione, anche cospicua, dell'obbligazione risarcitoria, secondo le coordinate dell'articolo 1227 del codice civile. E non potrebbe escludersi nemmeno che il danneggiante riesca ad eliminare completamente il danno prima della pronuncia della sentenza di condanna.

Ma occorre ribadire, che, per la giurisprudenza della Cassazione, anche in queste ipotesi, la condotta del debitore non è sempre idonea a fermare – ope iuris - la pretesa risarcitoria del danneggiato, il quale, in base alle circostanze concrete - potrebbe rifiutare, giustificatamente, il risarcimento specifico, preferendo l'equivalente monetario. Si pensi ai casi in cui la restituzione della cosa avvenga a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'illecito e dall'inizio dell'utilizzazione dell'immobile.

6. – In ragione di quanto fin qui osservato può affermarsi che la disciplina specifica contenuta nell'articolo 43 del testo unico delle espropriazioni non prevede, in materia di risarcimento del danno subito dal proprietario, regole contrastanti con i principi generali espressi dal codice civile e dallo stesso articolo 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998.

La specialità della normativa si innesta nel quadro sistematico della tutela risarcitoria, dettando alcune significative deroghe, le quali, tuttavia, non intaccano la persistente cogenza del principio di alternatività tra la tutela risarcitoria e la reintegrazione in forma specifica.

La disposizione, sul piano letterale, descrive un meccanismo caratterizzato dalla sequenza tra una richiesta di restituzione del bene e una determinazione del soggetto pubblico diretta ad operare l'acquisizione del bene e la conseguente metamorfosi della pretesa alla restituzione del bene in un diritto di credito al risarcimento del danno per equivalente.

Non sembra dubitabile, quindi, che il nuovo istituto introdotto dall'articolo 43 intenda eliminare la cosiddetta "anomalia" dell'occupazione appropriativa, di origine giurisprudenziale, ma poi recepita dal legislatore, conseguente al fatto materiale dell'irreversibile trasformazione dell'immobile (seppure nell'ambito di una efficace dichiarazione di pubblica utilità), riconducendo sempre il trasferimento coattivo dell'immobile, in danno del proprietario, ad un motivato provvedimento dell'amministrazione, ascrivibile al genus degli atti espropriativi per ragioni di interesse pubblico.

Ma, appunto, tanto la lettera della disposizione, quanto la sua ratio, intendono regolare, innovativamente, le ipotesi di trasferimento coattivamente imposte al proprietario, senza nulla dire in ordine alla perdita della proprietà derivante da una scelta spontanea dell'interessato: in tale secondo caso devono applicarsi i principi comuni in materia di risarcimento del danno.

Nella prospettiva civilistica delle modalità di attuazione della tutela risarcitoria, quindi, secondo la giurisprudenza più recente della Cassazione, non emergono ostacoli di sorta in ordine alla possibilità, per il privato danneggiato, di chiedere il risarcimento per equivalente, anziché la restituzione del bene.

Detta domanda è certamente ammissibile, sul piano processuale, ferma restando la possibilità di verificare se, sul piano sostanziale e "materiale", il danno sia stato già, in tutto o in parte, eliminato dall'amministrazione, mediante la rimessione in pristino dell'immobile e la sua effettiva messa a disposizione in favore del proprietario spossessato. Detta circostanza di fatto, che deve essere dimostrata dall'amministrazione autrice dell'illecito e presuppone, in ogni caso, l'assenza di un rifiuto giustificato del danneggiato, peraltro, può rilevare ai soli fini dell'applicazione dell'articolo 1227 del codice civile e non paralizza, sul versante processuale, l'ammissibilità della richiesta di risarcimento per equivalente. Né, per quanto si è sopra osservato, può assumere una qualche valenza la circostanza che i fatti siano intervenuti in epoca precedente rispetto all'entrata in vigore dell'art. 43 del D.P.R. n. 327 del 2001.

7. – Scrutinata con esito favorevole la problematica avente ad oggetto la proponibilità della domanda risarcitoria ex art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni nel caso in esame, deve procedersi ad individuare la spettanza della pretesa risarcitoria in capo al soggetto privato del bene a seguito del verificarsi dell'irreversibile trasformazione del suo fondo, per il compiersi dell'edificazione di edilizia residenziale pubblica.

Come è noto tale fattispecie è stata, da ultimo, indagata dalla Corte Costituzionale che, dopo l'intervento della Corte di Strasburgo, con la sentenza 24 ottobre 2007 n. 349 si è specificamente pronunciata in ordine al risarcimento del danno subito a causa della occupazione acquisitiva, sulla questione sollevata in riferimento all'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione ed in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (di seguito, CEDU) nonché all'art. 117, primo comma, della Costituzione, ed in relazione all'art. 6 della CEDU ed all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952,

in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 11 luglio 1992 n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) - convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 - comma aggiunto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

La Corte costituzionale ha evidenziato come "essendosi consolidata l'affermazione della illegittimità nella fattispecie in esame di un ristoro economico che non corrisponda al valore reale del bene, la disciplina della liquidazione del danno stabilita dalla norma nazionale censurata si pone in contrasto, insanabile in via interpretativa, con l'art. 1 del Protocollo addizionale, nell'interpretazione datane dalla Corte europea; e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione." In ragione di tali considerazioni la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, poiché, "non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione".

Dalla ricostruzione operata dalla Corte costituzionale emerge la fondatezza della pretesa di parte ricorrente a vedere risarcita la privazione della proprietà privata, con riferimento al valore di mercato del bene.

8. - Pertanto, alla luce dei principi sopra esposti, ritiene il Collegio che possa, anche nel caso in esame, farsi utilmente ricorso alla speciale previsione dell'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, in base al quale "il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il

gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine".

All'uopo devono stabilirsi i seguenti criteri direttivi che dovranno orientare l'Amministrazione comunale intimata nel formulare la suddetta proposta di definizione dell'importo del risarcimento dovuto entro giorni 60 (sessanta) dalla comunicazione (o dalla notifica di parte, se anteriore) della presente sentenza:

- l'ammontare del risarcimento dovrà corrispondere al valore di mercato del suolo all'epoca dell'atto di irreversibile trasformazione dell'immobile;
- la stima del valore di mercato del suolo andrà stabilita dal Comune obbligato al risarcimento, in contraddittorio con la parte ricorrente, sulla base degli elementi in possesso della stessa amministrazione e di quelli che verranno forniti dalla controparte, nonché delle informazioni che potranno essere acquisite presso uffici fiscali o da altri pubblici ufficiali, in ordine ai prezzi ed alle valutazioni dei beni (avuto riguardo, in particolare, ad atti di cessione, a procedimenti relativi all'applicazione di imposte e tributi ovvero a procedimenti in sede giudiziaria, per beni ubicati nella zona ed aventi analoghe caratteristiche di destinazione urbanistica, di utilizzazione, di stato e conformazione dei luoghi, per come anche riferito nella memoria difensiva dal Comune resistente);
- il valore venale dell'area dovrà determinarsi tenendo conto prioritariamente della (eventuale) edificabilità legale del fondo, salva la considerazione del profilo della cd. "edificabilità di fatto" in via solo residuale e integrativa, secondo l'insegnamento della Corte di cassazione (cfr. Cass. civ., Sez. I, 11 febbraio 2005 n. 2871 nella parte in cui ha affermato che "nel sistema di disciplina della stima dell'indennizzo espropriativo introdotto dall'art. 5-bis, legge n. 359 del 1992, un'area va ritenuta edificabile quando come tale essa risulti classificata dagli strumenti urbanistici al momento dell'apposizione del vincolo espropriativo, mentre la cosiddetta edificabilità "di fatto", correlata alle peculiari circostanze del

caso che rafforzano o comprimono l'edificabilità, rileva esclusivamente in via complementare od integrativa, nella fase dell'apprezzamento del valore venale, con la conseguenza che sulla parte che invoca dette circostanze, al fine di sostenere una variazione in positivo o in negativo del valore dell'area derivante dall'attitudine edificatoria fissata dagli strumenti urbanistici, grava l'onere di allegarle e di dimostrarle”);

- l'ammontare della proposta risarcitoria dovrà tenere conto della svalutazione monetaria intercorsa dalla data dell'immissione in possesso alla data della proposta medesima, e dovrà essere maggiorata degli interessi al tasso legale dalla medesima data maturati;

- andranno detratte dal totale complessivo dovuto tutte le somme comunque (eventualmente) già percepite dalla parte ricorrente, a titolo indennitario o risarcitorio, nelle more del presente giudizio, in relazione alla vicenda ablatoria per cui è causa.

Sulla somma che sarà determinata, formatosi l'accordo con la parte ricorrente, andranno corrisposti alla stessa la rivalutazione monetaria dalla maturazione dei relativi crediti sino alla data di deposito della presente sentenza nonché gli interessi legali dalla maturazione sino al soddisfo.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano, in complessivi euro 3.000,00 (euro tremila/00), come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, pronunciando in via definitiva sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, condanna il Comune di Roma, in persona del Sindaco pro tempore, al risarcimento del danno nei confronti delle ricorrenti, nell'importo corrispondente al valore venale dell'immobile alla data della sua irreversibile trasformazione, importo che dovrà essere determinato in una specifica proposta formulata dal

Comune resistente ai sensi dell'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998, secondo i criteri stabiliti in motivazione, da comunicarsi alle ricorrenti nel termine di giorni 60 (sessanta) dalla comunicazione (o dalla notifica di parte, se anteriore) della presente sentenza.

Condanna il Comune di Roma, in persona del Sindaco pro tempore, al pagamento delle spese processuali in favore della Società Ricorrente S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore ed in favore del Signor Francesco Tournon, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del 10 giugno 2009, dell'8 luglio 2009 e del 28 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO