



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 578 del 2017, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Condominio Cortesi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Ambrioso, Federica Sgualdino, con domicilio eletto presso lo studio Elena Giantin in Venezia, San Marco 5134;

contro

Comune di Abano Terme, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Elena Fabbris, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tar;

nei confronti di

Peccati di Gola S.a.s., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Ferasin, con domicilio eletto presso lo studio Silvia Rosina in Venezia-Mestre, via Mestrina, 6;

per l'accertamento

del silenzio illegittimamente serbato sull'istanza presentata dalla ricorrente in data 12 gennaio 2017, e successivamente reiterata in data 13 aprile 2017, volta ad ottenere lo sgombero dell'area di proprietà condominiale occupata dalla odierna controinteressata; nonché per l'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta con la precitata istanza e comunque per l'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere in relazione alla medesima istanza con l'adozione di un provvedimento espresso;

quanto ai motivi aggiunti:

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia della determinazione prot. n. 4542/17 dell'8.6.2017 ad oggetto "autorizzazione all'occupazione di suolo privato ad uso pubblico" con la quale il Comune di Abano Terme ha autorizzato la controinteressata ad occupare con tavoli e sedie parte di P.zza Cortese (sottoportico antistante il p.e.) e parte di Piazza De Muro, per una superficie complessiva di mq. 152,04; nonché per quanto di ragione degli artt. 2, 3 e 4 del Regolamento comunale per l'applicazione del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Abano Terme e di Peccati di Gola S.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2017 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con i ricorsi all'esame il Condominio Cortesi - premesso che la piazzetta e il porticato condominiale sono aree di proprietà privata soggette a servitù perpetua di uso pubblico in favore del comune di Abano Terme e che dette aree sono state occupate con sedie e tavolini dal bar-pasticceria Peccati di Gola in virtù di provvedimenti autorizzatori rilasciati dall'Ente Civico - contesta il potere del Comune di consentire a un singolo esercizio commerciale l'uso eccezionale e particolare di un'area privata assoggettata a servitù di uso pubblico: a tal fine impugna dapprima il silenzio formatosi su un'istanza di sgombero e poi, con motivi aggiunti, l'autorizzazione all'occupazione del suolo privato ad uso pubblico rilasciata alla controinteressata per l'anno 2017.

Resistono il comune di Abano Terme e la ditta controinteressata, contrastando diffusamente le avverse pretese sia in rito che nel merito.

Secondo l'ordine logico delle questioni di cui agli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., occorre previamente esaminare l'eccezione con cui il Comune e la ditta controinteressata deducono il difetto di giurisdizione dell'intestato G.A.

L'eccezione è fondata.

Com'è noto, la giurisdizione va determinata sulla base della domanda e, ai fini del relativo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione compiuta dalle parti bensì il petitum sostanziale, il quale deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto bensì della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati (cfr., tra le tante, Cass. Sez. U, Ordinanza n. 17618/2017).

Ciò posto, reputa il Collegio che la presente controversia - in cui si discute dell'esatto contenuto del diritto reale pubblico su bene altrui attribuito all'Ente Civico dall'atto

costitutivo di servitù e delle facoltà che il Comune può esercitare in quanto titolare dello ius in re aliena - attenga a diritti soggettivi e non a interessi legittimi.

Deve, invero, ritenersi che qualora un condominio o i proprietari di un immobile soggetto a servitù di uso pubblico reagiscano avverso gli atti amministrativi con i quali il Comune ha concesso a terzi l'uso particolare ed eccezionale di una porzione di detto immobile, essi instaurano una controversia diretta all'accertamento e alla tutela del proprio diritto dominicale, come tale rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, dovendosi, in definitiva, interpretare l'atto costitutivo della servitù e stabilire se il Comune abbia esercitato una facoltà che esorbita dalla causa della costituzione della servitù (cfr. Cass. n. 158/1999 che ha affermato la giurisdizione ordinaria in una controversia che presenta forti analogie con quella scrutinata, osservando che "L'amministrazione comunale, titolare di una servitù di passaggio su un'area privata, può su di essa esercitare il potere diretto a garantire ed a disciplinare l'uso generale del bene da parte della collettività, nell'ambito del pubblico interesse giustificativo della servitù medesima, ma, ove il titolo costitutivo della servitù non lo consenta espressamente, non può concedere al singolo usi eccezionali o particolari su porzioni di detto immobile, essendo il relativo potere concessorio incompatibile con il diritto dominicale del privato").

Le stesse censure mosse dal ricorrente all'operato del Comune, pur prospettate come vizi di eccesso di potere e violazione di legge, evidenziano, in realtà, un'ipotesi di carenza di potere in astratto, com'è noto conoscibile dal G.O., in quanto volte a negare l'astratta titolarità del potere del Comune di concedere a terzi l'uso eccezionale e particolare di un'area di proprietà privata assoggettata a servitù di uso pubblico.

Affermare - come fa il Condominio (pag. 6 m.a.) - che *"l'Amministrazione, senza il preventivo benestare del Condominio proprietario, non poteva intervenire sul predetto assetto negoziale concedendo un uso eccezionale e particolare di queste aree in favore di un singolo pubblico"*

esercizio”(cfr. anche pag. 8 m. a. ove si esclude che la determinazione impugnata rientri astrattamente tra i poteri della P.A.) significa, infatti, negare in radice la stessa esistenza del potere autoritativo in capo alla P.A., costituendo una contraddizione in termini l’idea di un potere amministrativo autoritativo il cui esercizio è subordinato al previo consenso del privato.

Il difetto di giurisdizione investe l’intera controversia, compresa l’azione avverso il silenzio asseritamente formatosi sull’istanza di sgombero, considerato che, secondo giurisprudenza costante, la formazione del silenzio-rifiuto, o lo speciale procedimento giurisdizionale oggi disciplinato dall’art. 117 del c.p.a., non risulta compatibile con le pretese che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia, in quanto concernono diritti soggettivi la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall’autorità giurisdizionale competente. Ai sensi dell’art. 31 del c.p.a. è pertanto inammissibile il ricorso diretto all’accertamento dell’illegittimità del silenzio su un’istanza dell’interessato allorché il Giudice amministrativo sia privo di giurisdizione in ordine al rapporto giuridico sottostante ovvero si verta, comunque, nell’ambito di posizioni di diritto soggettivo, anche laddove sia riscontrabile un’ipotesi di giurisdizione esclusiva” (v. ex multis Cons. St. Sez V - sentenza 27 marzo 2013 n. 1754).

Alla luce delle suesposte considerazioni va declinata la giurisdizione di questo Tribunale Amministrativo Regionale in favore del Giudice Ordinario, dinanzi al quale la causa potrà essere riproposta nei termini di legge (art. 59 l. n. 69/2009; art. 11 c.p.a.).

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della problematicità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come integrato da motivi aggiunti,

dichiara il proprio difetto di giurisdizione e individua quale giudice munito di giurisdizione il Giudice Ordinario, dinanzi al quale la causa potrà essere riproposta nei termini di legge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente

Marco Rinaldi, Referendario, Estensore

Michele Pizzi, Referendario

L'ESTENSORE
Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE
Claudio Rovis

IL SEGRETARIO