



**REPUBBLICA ITALIANA**

N.332/06 R. Sent.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 2366 R. G.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione

ANNO 2005

Seconda, ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

*ai sensi dell'art. 2 L. 205/2000*

sul ricorso n. **2366/2005** R.G., proposto da Favuzza Nicola Antonio, Aloni Giuseppa, Grammauta Stefano, Fontana Giovanna, Fontana Teresa, Fontana Teresa Maria (c.f. FTN TSM 58M71 L916X), Fontana Teresa Maria (c.f. FTN TSM 55H69 L916Q), Fontana Anna Maria, Castello Giovanna, Castello Vincenza, Pitarresi Antonia, Cusimano Gaetano, Cusimano Caterina, Montalto Paola, Giannone Giuseppa Maria Concetta, Giannone Rosa, Giannone Maria Flavia, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Riccardo Mancuso Lo Sardo, ed elettivamente domiciliati presso il suo studio, in Palermo, piazza Francesco Crispi, n. 9,

**CONTRO**

il Comune di Villabate, in persona del Presidente della Commissione straordinaria per la gestione del Comune, dr. Piero Giulio Marcellino, rappresentato e difeso dall'avv. Lucia Linda Giglia - per mandato in calce al ricorso introduttivo del presente giudizio, giusta deliberazione della Commissione straordinaria per la gestione del Comune n. 127 del 15.12.2005 - ed elettivamente domiciliato presso lo studio della stessa in Palermo, Via Tripoli n. 3,

**AVVERSO**

il silenzio rifiuto formatosi in data 7.02.2005 sull'atto di invito notificato al Comune di Villabate in data 7.01.2005, tendente ad ottenere il trasferimento a titolo oneroso

della p.lla 3703, ricadente nel foglio 3/B del N.C.T. del Comune sopra indicato o, in via subordinata, la concessione di detta particella.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e la relativa memoria;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Referendario Gianmario Palliggiano;

Udito all'udienza camerale del 13.01.2006 l'avv. R. Mancuso Lo Sardo per il ricorrente e l'avv. L. L. Giglia per il Comune resistente;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### **FATTO**

I ricorrenti espongono di essere proprietari, ciascuno per il lotto di propria spettanza, di particelle catastali insistenti nel Comune di Villabate, contrada Famiano, che risultano di fatto intercluse senza possibilità di accesso alla vicina sede stradale a causa della presenza di notevoli dislivelli.

Unica possibilità di collegamento tra la strada comunale e le sopra indicate particelle sarebbe costituita dall'attraversamento della particella 3703, ricadente nel foglio 3/B del N.C.T. di Villabate, di proprietà del comune, destinata a verde pubblico attrezzato ma di fatto abbandonata ed in situazione di degrado ambientale, essendo utilizzata da ignoti come discarica abusiva di materiali di risulta.

Con istanza notificata il 7.01.2005, i ricorrenti hanno chiesto al Comune di trasferire a titolo oneroso detta particella 3703 o, in via subordinata, di ottenere la concessione sulla stessa. Essendo decorsi oltre trenta giorni dalla data di notifica dell'istanza senza che il Comune abbia provveduto o comunque abbia in alcun modo dato riscontro all'istanza, gli interessati hanno presentato il ricorso in esame,

notificato il 4.10.2005 e depositato il successivo 21.

Hanno dedotto la violazione dell'art. 2 della L. r. Sicilia 30 aprile 1991, n. 10; l'eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione e dello sviamento.

Ad avviso dei ricorrenti la normativa di legge sopra indicata impone alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di determinare, per ciascun tipo di procedimento, il termine entro cui esso deve essere concluso, stabilendo in via suppletiva il limite di trenta giorni, oltre il quale la P.A. diviene inadempiente; il Comune non poteva ignorare l'istanza notificata dai ricorrenti e seppure avesse ritenuto non sussistenti i presupposti per l'adozione del provvedimento richiesto comunque aveva l'obbligo di pronunciarsi.

Per quanto sopra hanno chiesto:

- statuirsi l'obbligo dell'Amministrazione comunale di Villabate di provvedere sull'istanza e sull'atto di invito presentati;
- ritenere e dichiarare, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3 L. 80/2005, meritevole di accoglimento l'istanza avanzata dai ricorrenti, con conseguente nomina del Commissario ad acta per l'ipotesi in cui il comune non provveda entro termine certo all'adozione del provvedimento richiesto;
- condannare il comune al pagamento delle spese e dei compensi del giudizio.

Si è costituito il Comune intimato che, con memoria, ha dedotto l'inammissibilità del ricorso considerato che i ricorrenti avevano già chiesto l'autorizzazione ad utilizzare la particella in discorso come strada per accedere ai terreni di loro proprietà. Il Comune, con formale provvedimento del 9.08.2004, aveva però rigettato l'istanza, evidenziando che, essendo la particella in questione destinata a verde pubblico, la richiesta non era assentibile in quanto l'apertura della sede stradale richiesta non avrebbe avuto la conformità urbanistica.

Alla camera di consiglio del 13 gennaio 2006 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

La controversia ha ad oggetto la sussistenza dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere a fronte dell'istanza dei ricorrenti volta ad ottenere la cessione a titolo oneroso o, in subordine, la concessione di un terreno di proprietà comunale destinato a verde pubblico, ai fini del transito dalla strada comunale alle loro proprietà.

Va in via preliminare esaminata la questione dell'ammissibilità del ricorso.

La questione investe un duplice profilo: il primo, se ci si trovi di fronte ad un'attività di carattere pubblicistico-procedimentale che imponga l'obbligo di provvedere per l'amministrazione intimata; il secondo, dedotto anche dal Comune come eccezione, quello per il quale, supposta la natura procedimentale dell'attività richiesta, il Comune, nella fattispecie in discorso, non sarebbe comunque obbligato a provvedere perché avrebbe già risposto ad una precedente istanza dei ricorrenti di medesimo contenuto.

Riguardo al primo profilo, il Collegio ravvisa, nel caso di specie, il contenuto pubblicistico dell'attività richiesta dai ricorrenti al Comune.

Invero, la loro richiesta mira, in sostanza, a costituire una servitù di passaggio in favore di terreni di proprietà privata ed a carico di un terreno di proprietà comunale; ciò sembrerebbe far ricondurre la vicenda nell'ambito di valutazioni di carattere strettamente privatistico. Ora, il rito speciale in parola non può ritenersi compatibile con quelle controversie che, solo apparentemente, hanno ad oggetto una situazione di inerzia in cui il giudizio sia incentrato sull'accertamento di una pretesa patrimoniale avente consistenza di diritto soggettivo o di sua aspettativa.

In questa ipotesi, infatti, l'esercizio dell'azione per la dichiarazione di tale

diritto non esige la previa attivazione della procedura del silenzio-inadempimento, non richiedendosi alcun provvedimento (espreso o tacito) da impugnarsi entro un termine di decadenza (cfr. Cons. St., VI Sez., 4632/2004, 4824/2002).

Tuttavia, nella fattispecie in discorso, va considerato che la destinazione del bene a verde pubblico impone al Comune una comparazione di interessi pubblici e privati, al fine di verificare la sussistenza di motivate ragioni che rendano opportuna e possibile la prevalenza dell'interesse marcatamente privatistico ad avere accesso alla strada sull'interesse pubblico a destinare il terreno a zona verde.

Ciò è rafforzato dalla circostanza che i ricorrenti hanno chiesto, in subordine ed in alternativa alla cessione a titolo oneroso, la concessione di detta particella, aspetto che impone una valutazione di natura tipicamente pubblicistica sull'*an* e sul *quomodo* del cambio di destinazione del bene che passerebbe da una fruizione collettiva ad una sua utilizzazione a beneficio esclusivo in favore di determinati soggetti.

Per questo aspetto quindi il ricorso è ammissibile in quanto sussiste astrattamente l'obbligo di provvedere da parte del Comune alla richiesta dei privati.

Nel caso specifico va poi considerata l'ammissibilità sotto l'altro profilo, rilevato dal Comune nella memoria difensiva, secondo cui non sussisterebbe in concreto alcun obbligo perché l'amministrazione avrebbe già adottato una formale risoluzione negativa alla precedente istanza dello stesso contenuto, sicché l'attuale pretesa si identificherebbe in una richiesta di riesame su un provvedimento già definitivo perché non impugnato senza che siano sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto e o di diritto.

L'assunto non è condivisibile in ragione della circostanza, come illustrato anche dal difensore dei ricorrenti nel corso della camera di consiglio del 13 gennaio

2006, che la precedente richiesta tendeva ad ottenere il terreno a titolo gratuito. A seguito della risposta negativa del Comune, i ricorrenti hanno avanzato domanda di diverso contenuto per ottenere o la cessione, ma in questo caso a titolo oneroso, ovvero la concessione del terreno.

In tal modo, modificandosi il *petitum*, si pone l'obbligo per l'amministrazione di una nuova valutazione dell'interesse pubblico a fronte di una richiesta che ha contenuto diverso rispetto alla precedente.

L'ammissibilità del ricorso comporta ex se la sua fondatezza in ordine all'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione intimata.

Altro discorso concerne il contenuto di questo obbligo, di cui parte ricorrente propone una lettura aggiornata.

A suo avviso, infatti, le modifiche alla legge 241/1990 - apportate, prima, dalla L. 15/2005 e, successivamente dal D. L. 35/2005 nel testo integrato dalla legge di conversione n. 80/2005 - avrebbero ampliato i poteri del giudice il quale non si limiterebbe ad accertare la sussistenza dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere ma dovrebbe spingersi fino a verificare il contenuto dell'obbligo, vale a dire la legittimità della situazione sostanziale di diritto posta a fondamento del ricorso e della domanda.

Il punto richiede alcune precisazioni.

La previsione di una specifica azione a tutela del silenzio, contemplata dall'articolo 21-bis della legge 1034/1971, introdotto dalla legge 205/2000, aveva immediatamente posto la questione della sopravvivenza della possibilità per il giudice, in precedenza affermata, di non limitarsi a dichiarare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, ma di "accertare" anche, in particolare nelle ipotesi di istanze sollecitanti l'esercizio di attività vincolate, la reale fondatezza di

esse.

Con la decisione dell'Adunanza plenaria del 9 gennaio 2002 n. 1, il Consiglio di Stato ha perentoriamente affermato che il giudizio disciplinato dal citato art. 21-bis è diretto ad accertare se il silenzio serbato da una pubblica amministrazione sull'istanza del privato violi o no l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza stessa. Il giudice, pertanto, anche nei casi in cui il provvedimento di cui trattasi abbia natura vincolata, non può sostituirsi all'amministrazione in alcuna fase del giudizio, dovendo limitarsi, in caso di accoglimento del ricorso, ad imporre alla stessa esclusivamente l'obbligo di provvedere entro il termine assegnato.

Il ricorrente può pertanto ottenere solo una pronuncia di puro accertamento, dichiarativa dell'obbligo di provvedere e, in caso di ulteriore inadempimento dell'amministrazione, chiedere la nomina di un commissario ad acta.

Su questo assetto giurisprudenziale si sono di recente innestate le profonde modifiche che il legislatore ha introdotto alla disciplina dell'istituto del silenzio.

Di recente, infatti, la legge 15/2005 ha inserito, all'articolo 2 della legge 241/1990, il comma 4-bis, il quale esattamente così recita: «Decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, e successive modificazioni, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti».

Dopo poche settimane, il legislatore ha ulteriormente modificato in modo più complessivo la disciplina del silenzio, oggi prescritta dal rinnovato comma 5

dell'articolo 2 della legge 241/1990 nel testo derivante dall'articolo 3 del Dl 35/2005, convertito con modifiche dalla legge n. 80/2005 che così indica: “salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti».

Le modifiche legislative in argomento hanno riproposto il problema del limite della giurisdizione sul tema del silenzio.

Ad avviso del Collegio, se è innegabile che tali modifiche abbiano prodotto un superamento dell'impostazione disegnata dall'Adunanza plenaria, ciò può avvenire con precisi limiti.

Nell'attuale impianto normativo, infatti, non è più possibile sostenere che il rito speciale di cui all'articolo 21-bis della legge 1034/1971 sia rivolto al solo fine di verificare l'esistenza dell'obbligo a provvedere ed il correlativo inadempimento. Al contrario, e sempre che il ricorrente lo richieda (in quanto la verifica della fondatezza dell'istanza non eseguita deve essere oggetto di apposita richiesta processuale, in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato), il giudice è chiamato ad una duplice valutazione: la prima, volta a indagare sull'esistenza dell'obbligo a provvedere ed al suo eventuale inadempimento; la seconda - processualmente dipendente e collegata alla prima, ma concettualmente distinta da essa - volta ad accertare la fondatezza dell'istanza. Quest'ultima valutazione, tuttavia, si atteggia diversamente a seconda che l'inerzia riguardi attività di tipo vincolato

ovvero esercizio di potestà discrezionale.

Nel primo caso, non sussistono preclusioni al giudice di valutare anche la fondatezza sostanziale della pretesa.

Nel secondo caso, invece, il giudice può affermare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, ma non ha né il potere né gli strumenti per penetrare nella fondatezza della richiesta avanzata dall'istante. Questo perché la potestà "discrezionale" implica complesse considerazioni di convenienza, opportunità, organizzazione e simili (come anche l'acquisizione di valutazioni tecniche o specialistiche o l'attivazione di sub procedimenti aventi a oggetto attività di altre amministrazioni e così via) i cui esiti si pongono quali elementi costitutivi della pretesa che si vorrebbe far valere e la cui assenza implica la mancanza di attualità dell'interesse al ricorso proprio su quel punto.

In altri termini, se il potere non è stato esercitato affatto o è stato esercitato in misura incompleta, non si costituisce una situazione suscettibile di essere valutata dal giudice, in quanto i presupposti di fatto e di diritto che incardinano giuridicamente la pretesa del soggetto non sono definiti direttamente dalla legge - che il giudice è tenuto ad applicare - ma richiedono una mediazione della potestà pubblica.

Questa conclusione appare coerente col limite che deriva alla giurisdizione amministrativa dalla riserva di amministrazione e dal principio di separazione dei poteri, i quali impediscono al giudice di supplire ad un'amministrazione inerte, circostanza da ritenersi impraticabile anche con riguardo alla natura del giudizio sul silenzio che esula dal novero della cognizione di merito.

D'altronde, ciò si ricava anche dalla lettera del menzionato art. 2, comma 5, L. 241/1990, secondo la quale il giudice "può" conoscere della fondatezza dell'istanza. La norma è da intendersi nel senso che non può sorgere alcuna pretesa di valutazione

della fondatezza dell'istanza se, per essa, è necessario acquisire gli elementi istruttori demandati ad un procedimento che o non si è mai svolto o si è svolto in modo incompleto senza giungere alla sua naturale conclusione con l'emanazione del provvedimento. In questi casi, si ripete, il ricorrente non potrà ottenere una pronuncia sulla fondatezza della propria istanza perché il sorgere della situazione soggettiva che si vuole conseguire è, strutturalmente, condizionata alla formazione di atti e provvedimenti non ancora esistenti o all'effettuazione di valutazioni discrezionali non ancora compiute.

Né, in senso contrario, potrebbe essere di ausilio la possibilità di indagine istruttoria oggi offerta al giudice dalla legge, perché la consulenza tecnica non consente altro che di ripercorrere le valutazioni tecniche già compiute dall'amministrazione ed acquisire nuove e maggiori conoscenze degli elementi di fatto. Essa invece manca dell'attitudine ad integrare quegli elementi dell'azione la cui assenza ne preclude l'esercizio.

Nel caso in esame è evidente la natura discrezionale dell'attività che si chiede al Comune intimato: valutare la consistenza dell'interesse dei privati ad utilizzare un bene di proprietà comunale ed appurare se questa possa assumere importanza tale da rendere recessivo l'interesse pubblico alla destinazione a verde pubblico dell'area. Ciò implica insostituibili valutazioni di opportunità e di convenienza che - per le ragioni sopra illustrate - sono estranee al Collegio, il quale non può che fermarsi alla statuizione dell'obbligo del Comune di provvedere.

Conclusivamente, ritenendosi fondata la pretesa dei ricorrenti al solo al fine di ottenere una pronuncia esplicita da parte del Comune intimato, il ricorso merita accoglimento nei limiti sopra indicati.

Si reputa equo, considerata la natura della controversia, disporre la

compensazione integrale delle spese di giudizio.

**P. Q. M.**

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso in epigrafe n. 2366/2005 R. G. nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto ordina al Comune di Villabate di adottare una determinazione esplicita e conclusiva in ordine all'istanza dei ricorrenti, pure in epigrafe indicata, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione in via amministrativa o – se anteriore – dalla notifica a cura di parte della presente sentenza.-----*

*Spese compensate.-----*

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 13 gennaio 2006, con l'intervento dei Sigg.ri Magistrati:

- Calogero Adamo                      - Presidente
- Salvatore Veneziano                - Consigliere
- Gianmario Palliggiano            - Referendario, Estensore.

Depositato in Segreteria il 07/02/2005

**Il Direttore**

Maria Rosa Leanza