

Publicato il 10/05/2022

N. 03618/2022REG.PROV.COLL.

N. 10200/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10200 del 2020, proposto dal Comune di -OMISSIS-, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Greco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

i signori -OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Ugo Ruffolo e Valter Loccisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della signora -OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro (sezione Seconda), n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori -OMISSIS-, -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2022 il consigliere Michele Conforti e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giunge all'esame del Consiglio di Stato l'appello proposto dal Comune di -OMISSIS- avverso la sentenza in forma semplificata del T.a.r. per la Calabria, sede di Catanzaro, n. -OMISSIS-, con la quale è stata accolta la domanda di annullamento proposta dai signori -OMISSIS-.

2. In primo grado, gli odierni appellati hanno impugnato il provvedimento n. -OMISSIS-, con il quale il Comune ha inibito, in autotutela, la pratica edilizia n. -OMISSIS-, prot. -OMISSIS-, consistente nella presentazione di una S.c.i.a. da parte dei signori -OMISSIS-, per il “*Restringimento [della] viabilità mediante [l']installazione di [una] barriera manuale*”.

2.1. Il provvedimento comunale è stato emanato all'esito del precedente contenzioso instaurato dai medesimi ricorrenti, avente ad oggetto il precedente ordine, n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, di inibizione della medesima S.c.i.a. n. -OMISSIS-, prot. -OMISSIS-, del -OMISSIS-, e conclusosi con la sentenza, pronunciata sempre in forma semplificata, del T.a.r. per la Calabria, sede di Catanzaro n. -OMISSIS-, di accoglimento della domanda di annullamento.

2.2. Con quest'ultima sentenza, n. -OMISSIS-, pronunciata in forma semplificata, il T.a.r. rilevato che:

- “...*la scia non è stata annullata per riscontrate violazioni edilizie, ma assumendo una indimostrata servitù di uso pubblico*”;

- “...*più volte questo Tribunale ha avuto modo di affermare (v. -OMISSIS-), una servitù di uso pubblico è configurabile ove 1) il passaggio esercitato iure servitutis publicae da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad un gruppo territoriale; 2) la concreta idoneità del bene a*

soddisfare esigenze ed interessi di carattere generale, anche per il collegamento con la pubblica via;
3) un titolo valido a sorreggere l'affermazione del diritto di uso pubblico, che può anche identificarsi nella protrazione dell'uso da tempo immemorabile; 4) interventi di manutenzione da parte della P.A.”;

- “...nella specie tali elementi non risultano evincibili dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione e, piuttosto, sconfessati dagli elementi evincibili dalle sentenze del Tribunale di -OMISSIS- del 2017 e del 2019 (che ha valore di indizio nei confronti della p.a., terza in quei giudizi)”.

2.3. Successivamente alla sentenza, l'amministrazione ha emanato il provvedimento gravato nel presente processo, reiterando l'ordine di “inefficacia” (recte, di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, ai sensi dell'art. 19, comma 3, legge n. 241/1990).

2.4. I privati hanno impugnato anche il secondo provvedimento emesso dal Comune, articolando plurimi motivi di censura e domandando la tutela cautelare avverso il provvedimento comunale.

2.5. Si è costituito in giudizio il Comune di -OMISSIS-, resistendo al ricorso.

3. Nuovamente, all'esito dell'udienza camerale celebrata per la decisione della domanda cautelare, con la sentenza in forma semplificata n. -OMISSIS-, il T.a.r. ha accolto il ricorso e ha compensato le spese di lite.

3.1. Il T.a.r. ha sostanzialmente rilevato che:

- a) il nuovo provvedimento reitera quello già annullato dal precedente giudicato n. -OMISSIS-;
- b) non sussiste alcuna servitù di uso pubblico;
- c) ove le aree in questione non siano state cedute in base ad una precedente convenzione urbanistica, la previsione del relativo obbligo non può determinare, di per sé, l'illegittimità della S.c.i.a.

4. Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello il Comune di -OMISSIS-, il quale, dopo un'ampia ricostruzione dei fatti di causa e dello svolgimento del processo di primo grado, ha proposto i seguenti motivi di impugnazione.

4.1. Con il primo motivo di appello, si grava la sentenza per l'eventualità che abbia pronunciato in sede di giurisdizione generale di legittimità (e non in sede di giurisdizione di ottemperanza) l'annullamento del provvedimento emanato, per elusione del giudicato, formatosi a seguito della sentenza n. -OMISSIS-.

4.2. Con il secondo motivo di appello, si impugna la pronuncia di primo grado, che sarebbe erronea per aver ritenuto che il provvedimento n. -OMISSIS- presenti un contenuto dispositivo e motivazioni identiche al provvedimento n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, già annullato dal T.a.r. con la sentenza n. -OMISSIS-.

4.2.1. Si evidenzia, in proposito, che quest'ultima sentenza ha annullato il provvedimento n. -OMISSIS-, per difetto d'istruttoria e "*fatti salvi eventuali ulteriori controlli della p.a.*", e si rimarca come, nella riedizione del potere amministrativo, il Comune di -OMISSIS- abbia svolto un'istruttoria ben più approfondita, ulteriormente argomentato sui profili cursoriamente indicati nelle motivazioni del provvedimento annullato e articolato motivazioni assenti in quel provvedimento.

4.3. Con il terzo articolato motivo di appello, si grava la sentenza di primo grado, per non aver accertato la sussistenza, nelle allegazioni di parte e nei documenti prodotti in giudizio, di "*tutti gli elementi costitutivi del diritto reale di servitù di uso e di transito pedonale e veicolare pubblico...*", che vengono indicati dall'appellante, unitamente alle prove a sostegno.

4.3.1. In subordine, rispetto al riconoscimento della c.d. *dicatio ad patriam*, si domanda che questo Consiglio, in riforma della sentenza di primo grado, "*ritenga intervenuta la prova dell'acquisto della servitù pubblica di uso e transito pedonale e veicolare da*

parte del Comune per risultare in atti la prova (attraverso i mezzi di prova sopra enunciati) che detto comune ha esercitato e posseduto ad usucapionem tale servitù pubblica...”.

4.4. Con il quarto motivo di appello, il Comune, in parte riprendendo gli argomenti articolati nei precedenti mezzi di impugnazione, deduce l'erroneità della sentenza di primo grado, per aver accertato l'illegittimità del provvedimento impugnato, tenendo conto anche delle sentenze del Tribunale civile di -OMISSIS-, inopponibili al Comune che non era parte in quei giudizi.

4.5. Con il quinto motivo di appello, la sentenza di primo grado è appellata per non aver dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo del giudizio, *“per difettare ogni diritto, facoltà sostanziale e una qualsivoglia posizione legittimante”*, in quanto *“...il diritto di proprietà sull'area di sedime dei sig.ri -OMISSIS-... non importa con sé la facoltà o diritto di posizionare una barra/cancello sulla infrastruttura stradale realizzata quale opera di urbanizzazione primaria sulla quale si esercita il transito pubblico pedonale veicolare perché tale facoltà non costituisce loro riconosciuto dalla legge un bene della vita”*.

4.5.1. Si ribadiscono le argomentazioni già compiutamente esposte nei motivi precedenti, sotto il profilo del potere pubblico di tutelare il “ripristino dell'uso pubblico”.

4.6. Si sono costituiti in giudizio i signori -OMISSIS-, i quali hanno contestato, in fatto e in diritto, l'appello del Comune.

4.6.1. In via pregiudiziale, gli appellati hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di specificità dei motivi di appello.

4.6.2. In via gradata, gli appellati oppongono che la domanda volta all'accertamento di diritti di servitù di uso e transito veicolare pubblico costituirebbero domande nuove e come tali inammissibili ai sensi dell'art. 104 c.p.a., oltre che attratte alla giurisdizione del Giudice ordinario.

4.6.3. In ultimo, gli appellati ripropongono i motivi di ricorso implicitamente assorbiti in primo grado.

4.7. Con decreto n. -OMISSIS-, il Presidente della Sezione ha concesso la tutela cautelare, evidenziando che “*il presente decreto mira a dare tutela cautelare a difesa della proprietà pubblica, contemperando gli interessi privati e pubblici in conflitto, sicché trova applicazione l’art. 388, secondo comma, del codice penale, come modificato con la legge n. 94 del 2009 (cfr. anche i decreti di questo Consiglio, -OMISSIS-)*”.

4.8. All’udienza del 28 gennaio 2021, la misura cautelare è stata confermata in sede collegiale, con l’ordinanza -OMISSIS-, in vista di una celere definizione nel merito della controversia.

4.9. In vista dell’udienza di discussione, le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, anche in replica.

5. All’udienza del 21 aprile 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni pregiudiziali formulate dagli appellati.

6.1. Risulta infondata la prima eccezione di inammissibilità per mancanza di specificità dei motivi di appello.

6.1.1. Le censure dedotte dal Comune risultano infatti pertinenti al *decisum* di primo grado e chiaramente rivolte a criticarne gli assunti fattuali e giuridici che hanno sorretto la decisione.

6.1.2. La dedotta eccezione va pertanto respinta.

6.2. Risulta invece fondata la seconda eccezione di inammissibilità per violazione del divieto di cui all’art. 104 c.p.a., articolata avverso le domande di accertamento proposte dall’appellante.

6.2.1. Queste domande non sono state infatti proposte in primo grado, mediante la proposizione del ricorso incidentale da parte del Comune e, conseguentemente, vanno dichiarate inammissibili, in quanto proposte per la prima volta soltanto nel presente processo di ultimo grado, in violazione della richiamata disposizione.

6.2.2. Si soggiunge che, peraltro, si tratta di domande di accertamento della titolarità in capo al Comune di diritti reali di godimento, sulle quali questo Consiglio sarebbe sfornito di giurisdizione.

6.2.3. Le domande di accertamento vanno pertanto dichiarate inammissibili.

7. Può ora procedersi all'esame del merito dell'impugnazione proposta.

7.1. Il Collegio ritiene opportuno delimitare l'oggetto dell'odierna controversia, in considerazione della pretesa che il privato ha fatto valere nei confronti dell'amministrazione e del provvedimento emanato.

7.2. Con la S.c.i.a. depositata in data -OMISSIS-, gli odierni appellati hanno segnalato al Comune, ente preposto alla vigilanza sullo svolgimento dell'attività edilizia e al contempo all'uso delle strade pubbliche, la loro intenzione di restringere la viabilità di una strada che loro affermano essere di loro esclusiva proprietà e libera da servitù, pesi o altri vincoli.

7.3. Il Comune di -OMISSIS-, con i provvedimenti inibitori emanati, contesta la legittimazione dei privati alla realizzazione dell'opera, opponendo loro che la strada in questione è adibita al pubblico uso (e, dunque, contrariamente a quanto da essi dichiarato con la segnalazione, non è libera da servitù, pesi o altri vincoli).

7.4. Oggetto dell'odierna controversia è il secondo dei provvedimenti emanati, del quale questo Consiglio è chiamato a scrutinare la legittimità, secondo le figure tipiche dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere.

7.5. Correlata e preliminare a questa disamina è la questione, prospettata dai privati, con il ricorso di primo grado e accolta dalla sentenza gravata, dell'identità del provvedimento n. -OMISSIS- a quello precedentemente annullato n. -OMISSIS- del -OMISSIS-.

7.5.1. Con l'appello il Comune di -OMISSIS- contesta questa statuizione, evidenziando che la sentenza del T.a.r. per la Calabria, n. -OMISSIS-, ha annullato il primo ordine di inibizione e rimozione delle opere soltanto perché ha ritenuto

non adeguatamente istruito e motivato l'ordine di inibizione della S.c.i.a., emanato dal Comune, e senza precludere o determinare in alcun modo l'eventuale riesercizio del potere dell'amministrazione.

7.5.2. Tale ri-esercizio del potere sarebbe poi avvenuto, con il provvedimento impugnato, all'esito di un più compiuto approfondimento istruttorio e con una motivazione in larga parte non coincidente a quella precedentemente esposta a sostegno del primo ordine emanato.

7.5.3. La censura di parte appellante è fondata, mentre è simmetricamente infondata la difesa articolata dagli appellati.

7.5.4. La sentenza n. -OMISSIS- ha accertato l'illegittimità del provvedimento, ritenendo che gli elementi costitutivi della servitù di uso pubblico *“non risultano evincibili dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione e, piuttosto, sconfessati dagli elementi evincibili dalle sentenze del Tribunale di -OMISSIS- del 2017 e del 2019 (che ha valore di indizio nei confronti della p.a., terza in quei giudizi)”* e ha annullato il provvedimento *“fatti salvi eventuali ulteriori controlli della p.a.”*.

7.5.5. Nel ribadire il precedente ordine, l'amministrazione ha più ampiamente illustrato le ragioni giustificatrici che la inducono a ritenere che la strada, che dovrebbe essere oggetto dell'apposizione di una sbarra volta ad impedire il traffico veicolare, sia adibita *“ad uso pubblico”*.

7.5.6. Risulta errato, dunque, il presupposto in base al quale il T.a.r. ha annullato il secondo provvedimento, ossia che il Comune avrebbe meramente reiterato la motivazione del primo ordine di inibizione dei lavori e di rimozione delle opere eventualmente già realizzate.

7.5.7. Risulta, poi, parimenti errata la statuizione secondo la quale la sentenza n. -OMISSIS- conterrebbe un contenuto conformativo ostativo in ragione del quale *“i successivi controlli dell'amministrazione, fatti salvi dalla sentenza n. -OMISSIS-, sono unicamente quelli fondati su profili motivazionali diversi da quelli censurati dal giudice*

amministrativo, non potendo l'amministrazione semplicemente riproporre la medesima motivazione ed esercitare poi una nuova difesa giurisdizionale, essendosi su tale profilo già pronunciato il Tribunale, salva l'impugnazione della sentenza". Si tratta, infatti, di un contenuto dispositivo estraneo al giudicato della suddetta pronuncia.

7.6. Esclusa, dunque, la violazione del giudicato asseritamente commessa con l'emanazione del provvedimento, può procedersi alla disamina della legittimità dell'ordine impartito dal Comune, tenuto conto che, in ragione delle deduzioni di parte appellante e della riproposizione dei motivi dichiarati assorbiti da parte degli appellati, è sostanzialmente riemerso il *thema decidendum* di primo grado (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, -OMISSIS-).

7.6.1. In proposito, il Collegio rileva come il provvedimento comunale si profili scevro da qualsivoglia vizio di legittimità che gli viene ascritto.

7.6.2. Ai sensi dell'art. 11 d.P.R. n. 380/2001 "*Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo.*".

7.6.3. La norma è ritenuta applicabile al presentatore di una segnalazione certificata di inizio attività: colui che, nella veste di proprietario o avente la materiale disponibilità del bene, richieda un titolo edilizio dovrà, dunque, necessariamente allegare e dimostrare di essere legittimato alla realizzazione dell'intervento che ne costituisce oggetto e il Comune conserverà il potere di verificare la legittimazione del richiedente e accerterà se egli sia il proprietario dell'immobile oggetto dell'intervento costruttivo o se, comunque, abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria (Cons. Stato, -OMISSIS-).

7.6.4. Nel caso di specie, contrariamente a quanto rilevato dal T.a.r. in primo grado, non si contesta alla parte appellata la titolarità del diritto di proprietà dell'area, ma che esso (e, conseguentemente, il bene oggetto di quel diritto reale) sia libero da pesi o vincoli, che risultino ostativi rispetto al tipo di intervento che si

intende realizzare, in ragione di una serie di elementi che sono stati enunciati nel provvedimento e compiutamente ribaditi nel processo.

7.6.5. Il Comune di -OMISSIS- ha dunque ritenuto l'insussistenza della libertà del fondo, ravvisando la sussistenza di un uso pubblico della strada in ragione:

- a) della sua percorrenza, protrattosi nel tempo, da parte di una generalità indifferenziata di individui residenti in quella specifica zona del territorio comunale;
- b) del suo essere l'unico percorso di accesso alla "*via pubblica*", per un insieme di fabbricati, serviti dalla suddetta strada e collocati al di là della zona dove si intende collocare la sbarra;
- c) della presenza, lungo la carreggiata della strada, della rete e delle infrastrutture di molteplici servizi pubblici e utenze;
- d) dell'avvenuta cura, nel tempo, del buono stato di manutenzione della sede stradale da parte del Comune (che si è, dunque, perciò assunto l'obbligo della custodia del bene);
- e) dell'essere stata ricompresa nell'ambito di una serie di beni da cedere al Comune, nell'ambito dell'attuazione di un piano di lottizzazione (e risulta irrilevante, in questo giudizio, se la cessione sia avvenuta o meno, e se essa sia ancora possibile, in quanto ciò che rileva è la presenza di un ulteriore indizio a conferma che la strada, finanche erroneamente, possa essere stata destinata al pubblico uso, in quanto così era previsto in base al suddetto piano di lottizzazione e alla relativa convenzione).

7.6.6. Ciò che rileva, dunque, ai fini del giudizio di legittimità del provvedimento impugnato, oggetto di scrutinio da parte di questo Consiglio, è il compimento di un'istruttoria completa, esaustiva e non contraddittoria, e di una motivazione che ne dia compiutamente e congruamente conto.

7.7. Quanto poi all'ammissibilità di una cognizione di questo Consiglio sulla sussistenza o meno di un "uso pubblico" sulla suddetta strada, va ribadito che il giudice amministrativo può e deve risolvere la questione del carattere pubblico ovvero privato di una strada, nonché la sussistenza di una servitù di uso pubblico sulla strada privata - eventualmente costituita anche mediante *dicatio ad patriam* - allorquando sia richiesto di risolverla non già come questione principale, sulla quale pronunciarsi con efficacia di giudicato, ma come questione preliminare ad altra, ovvero alla questione, dedotta in via principale e rientrante nella sua giurisdizione (Cons. Stato, -OMISSIS-).

7.7.1. Nel caso in esame, la questione della sussistenza o meno di un uso pubblico viene in rilievo limitatamente ai profili relativi alla legittimazione alla presentazione del titolo edilizio, ai sensi dell'art. 11 d.P.R. n. 380/2001, e solamente a fini ostativi rispetto al consolidarsi degli effetti del titolo edilizio di cui il privato vuole servirsi, per la realizzazione di un'opera che impedisca il transito veicolare su questa strada (circa la sussistenza di un potere di accertamento incidentale, cfr. anche Cons. Stato, -OMISSIS-).

7.7.2. Rientra, parimenti, nella giurisdizione di questo Consiglio lo scrutinio della legittimità di un ordine di inibizione dei lavori indicati in una s.c.i.a..

7.7.3. La cognizione qui espletata non concerne, dunque, l'accertamento in via principale circa l'effettiva sussistenza del diritto in questione, la cui competenza giurisdizionale è, del resto, demandata al giudice ordinario (Cons. Stato, -OMISSIS-).

7.8. In definitiva, dunque, l'appello va accolto e il provvedimento impugnato dichiarato legittimo, e, pertanto, in riforma della sentenza di primo grado, pronunciata in forma semplificata, il ricorso introduttivo del giudizio va respinto, salve, ovviamente, le eventuali domande che le parti riterranno di proporre in sede civile.

8. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo, tenuto anche conto della violazione del principio di sinteticità, sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., con riferimento agli scritti difensivi del Comune appellante.

8.1. Il Collegio evidenzia che, con l'appello, il Comune ha più volte reiterato le medesime prospettazioni in fatto e in diritto, il che si sarebbe potuto evitare con un maggiore sforzo di sintesi.

8.2. A tale riguardo il Collegio puntualizza che l'apprezzamento della sinteticità degli atti, ai fini della liquidazione delle spese giudiziali, non è limitata o contraddetta dall'avvenuta autorizzazione a derogare il limite dimensionale degli scritti difensivi (concessa, in questo processo, proprio in favore del Comune, con il decreto presidenziale -OMISSIS-), in quanto trattasi di statuizioni che agiscono su piano differenti: le spese di lite ristorano, infatti, la parte che risulta vittoriosa dei costi sostenuti per ottenere in sede processuale il riconoscimento della sue ragioni, tenuto anche conto, però, *“del rispetto dei principi di chiarezza e di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2”* (art. 26, comma 1, c.p.a.); la deroga ai limiti dimensionali consente, invece, di esercitare il diritto di azione o di difesa in giudizio, mediante atti che, altrimenti, risulterebbero inammissibili nella parte in cui eccedono i limiti dimensionali fissati dal Decreto del Presidente del Consiglio di Stato.

8.3. In ragione di quanto appena osservato, il Collegio ritiene dunque di compensare le spese di lite riconosciute in favore del Comune, per la metà dell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 10200/2020, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso introduttivo del giudizio.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore del Comune di -OMISSIS-, delle spese del giudizio che quantifica in euro 10.000,00 (diecimila/00), che compensa della metà, liquidando la complessiva somma di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%) se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luca Lamberti, Presidente FF

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti,

IL PRESIDENTE

Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Michele Conforti

Luca Lamberti