

**EDILIZIA ED URBANISTICA: Circolazione stradale – Strade vicinali private – Soggette a servitù di uso pubblico – Definizione – Presupposti e/o condizioni essenziali.**

**Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2023, n. 8026**

*“[...] la strada vicinale è pubblica allorché sussistano determinati elementi di fatto, consistenti nell’esistenza di un effettivo passaggio esercitato iure servitutis publicae da una collettività di persone qualificate dall’appartenenza ad un gruppo territoriale, nella concreta idoneità del bene a soddisfare esigenze di carattere generale (quale il collegamento con la pubblica via), nonché nella esistenza di un titolo valido a fondamento del diritto ad uso pubblico; merita precisare che è richiesto un transito generalizzato tale per cui la amministrazione comunale possa vantare un diritto ai sensi dell’art. 825 cod. civ. [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Malcesine, di Giampaolo Sboarina, Alessandra Sboarina e Marco Sboarina, nonché di Maria Franca Capancioni, Stefano Rossi, Giuseppe Danti e Fermo Dal Col;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 18 maggio 2023 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Ruffo, Corradi e Stivali in dichiarata delega di Manzi e Fortuna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- La sig.ra Sganzerla Anna ha interposto appello nei confronti della sentenza 5 febbraio 2021, n. 169 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, che ha respinto il suo ricorso avverso l’ordinanza 29 ottobre 2019, n. 105 con la quale il Sindaco del Comune di Malcesine ha disposto il ripristino delle condizioni di transito preesistenti della strada vicinale denominata “Consiol” tramite la rimozione degli impedimenti all’uso costituiti da paletti in ferro bloccati con lucchetti a catena.

L’appellante è proprietaria di un’abitazione situata lungo la strada vicinale denominata “Consiol” sita nel Comune di Malcesine (lago di Garda), stretta e ripida; in data 23 dicembre 2005 ha acquistato una fascia di terreno limitrofo alla strada della lunghezza necessaria a congiungere la propria abitazione alla strada comunale da cui diparte la strada privata vicinale per adibirla al proprio passaggio pedonale protetto. Nel 2012 ha provveduto a posizione sei paletti collegati tra loro con catena, a seguito della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto n. 173 del 2011 di annullamento del diniego comunale all’autorizzazione.

Il Comune di Malcesine ha comunicato in data 17 gennaio 2018 l’avvio del procedimento “per la rimozione di impedimenti su strada vicinale ad uso pubblico”; con l’impugnata ordinanza sindacale n.

105 del 29 ottobre 2019, nell'assunto dell'uso pubblico da tempo immemorabile della strada vicinale, è stato disposto il ripristino delle condizioni di transito preesistenti tramite rimozione degli impedimenti all'uso.

2. – Con il ricorso in primo grado l'odierna appellante ha impugnato la predetta ordinanza, deducendo i vizi di incompetenza del Sindaco, di eccesso di potere sotto plurimi profili sintomatici, volti principalmente a contestare l'uso pubblico della strada vicinale, di violazione del giudicato di cui alla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto n. 173 del 2011, di violazione dell'art. 15 del d.l. n. 1446 del 1918, il vizio motivazionale, nonché la violazione della disciplina sulla partecipazione al procedimento.

3. – La sentenza appellata, disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, ha respinto il ricorso nella considerazione che il vizio di incompetenza del Sindaco, pur fondato, ha carattere puramente formale e non comporta dunque l'annullamento del provvedimento, trovando applicazione l'art. 53, comma 23, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e nella considerazione della sussistenza, in capo al Comune, dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela possessoria delle strade vicinali, stante il riconosciuto uso pubblico della strada vicinale "Consiol", aperta al pubblico passaggio da tempo immemorabile, che si estende alla fascia privata non distinguibile dal restante sedime stradale. La sentenza ha escluso altresì il vizio di sviamento di potere, in favore dei proprietari frontisti, nella considerazione che *«con il provvedimento impugnato il Comune è intervenuto proprio al fine di rendere possibile la percorribilità di una strada ad uso pubblico, ordinando la rimozione degli ostacoli che non ne consentivano un tale uso»*.

4. – Con il ricorso in appello la sig.ra Sganzerla ha criticato la sentenza di prime cure, reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado.

5. – Si sono costituiti in resistenza il Comune di Malcesine e i controinteressati signori Capancioni Maria Franca, Dal Col Fermo, Danti Giuseppe e Rossi Stefano, nonché i controinteressati signori Sboarina Giampaolo, Sboarina Alessandra e Sboarina Marco, puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

6. – All'udienza pubblica del 18 maggio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Con il primo motivo viene reiterata la censura di incompetenza del Sindaco, quale organo di indirizzo, ad adottare un'ordinanza *ex art.* 15 del d.lgt. n. 1446 del 1918, criticando la statuizione di primo grado che ha dequotato a vizio formale l'incompetenza nella considerazione che il Sindaco fosse anche responsabile dell'edilizia; assume l'appellante che l'organo comunale competente sarebbe stato il responsabile dell'Area Polizia locale, che aveva avviato il procedimento e successivamente, con la nota del 7 marzo 2019, escluso di potere intervenire su una disputa tra proprietari della strada vicinale. E comunque, per l'appellante, il provvedimento impugnato non ha natura edilizia, ma è espressione di

autotutela possessoria in materia di polizia sulla circolazione, profilo che evidenzerebbe anche una contraddittorietà della motivazione.

Il motivo, sebbene problematico, è infondato.

La sentenza ha ritenuto configurabile l'incompetenza del Sindaco, ma ha ritenuto detto vizio con valenza puramente formale, in quanto il Comune di Malcesine ha una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, trovando pertanto applicazione l'art. 53, comma 23, della legge n. 388 del 2000, che consente di attribuire ai componenti della Giunta la responsabilità degli uffici e dei servizi e il potere di adottare anche atti di natura tecnica e gestionale; nella specie al Sindaco, con deliberazione di Giunta comunale del 17 settembre 2019, n. 91, erano state attribuite le funzioni di responsabile del settore dell'Area edilizia privata e urbanistica, incentrandosi dunque nella sua persona le competenze di due organi; di conseguenza, la sentenza, richiamando l'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, ha ritenuto che «*il dedotto vizio di incompetenza nel caso in esame, pur sussistente, è inidoneo a comportare l'invalidità del provvedimento impugnato [...]»*.

Tale ordine di argomenti appare al Collegio sostanzialmente condivisibile, anche alla luce del fatto che il motivo di appello è parzialmente nuovo, con riguardo all'allegazione della competenza del responsabile della Polizia locale, che non è stata dedotta in primo grado, e dunque non esaminata dalla sentenza.

Va, d'altra parte, ricordato come la giurisprudenza prevalente ritenga che l'art. 21-*octies*, comma 2, prima parte, della legge n. 241 del 1990, nell'escludere l'effetto invalidante del vizio dovuto a violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, trova applicazione anche in relazione ai provvedimenti viziati per incompetenza relativa, che viene qualificato come vizio dell'organizzazione (in termini Cons. Stato, III, 13 maggio 2020, n. 3046; VI, 18 ottobre 2022, n. 8846).

2. – Il secondo motivo deduce poi il vizio motivazionale della sentenza in ordine all'uso pubblico della strada del Consiolo ed in specie del mappale n. 2804 di proprietà dell'appellante, contestando in particolare l'affermazione secondo cui il Comune abbia dato idonea dimostrazione dell'uso pubblico; rileva l'appellante che le dichiarazioni acquisite dalla Polizia locale sull'apertura al pubblico passaggio non si riferiscono ai mappali nn. 2804 e 2805 (che, negli anni cui le dichiarazioni si riferiscono, erano recintati con un muro nella proprietà privata della dante causa sig.ra Chincarini) e comunque non attestano un uso pubblico della strada (piuttosto, un uso *uti singuli* dei signori Eccli, Sala Stefano e Sala Francesco); più in generale, la circostanza che dalla strada si acceda solamente alle private abitazioni porta ad escludere un passaggio pubblico; indimostrata è l'esistenza di un uso immemorabile dichiarato da un vigile. Inoltre la sentenza appellata non ha tenuto in alcuna considerazione le prove contrarie, ed in particolare le risultanze delle indagini di polizia giudiziaria incaricata dal P.M. (relazione dei Carabinieri di Malcesine in data 20 maggio 2019, che afferma la destinazione ad uso non pubblico della

strada vicinale, allegando la nota del responsabile Area tecnica del Comune del 12 aprile 2019 che afferma la natura ad uso privato della strada vicinale); in ogni caso, l'uso immemorabile non può riguardare una fascia di terreno privato che fino al 2005 era posta all'interno di una recinzione privata costituita da un muro in sasso. Allega ancora l'appellante che una cava privata dismessa da sessanta anni non è un luogo pubblico; lo studio delle mappe catastali dimostrerebbe che la strada Consiol è cieca e privata; non vi sono sentieri e non può dirsi che la strada colleghi due luoghi pubblici (come confermato dall'ing. Misdaris nella già ricordata nota comunale del 12 aprile 2019). Contesta inoltre l'affermazione comunale, in quanto priva di fondamento, secondo cui la strada Consiol sarebbe accatastata come strada vicinale e iscritta tra le strade del Comune di Malcesine; al contrario la nota comunale del 12 aprile 2019 parla di strada vicinale ad uso privato, posta a servizio di sole 4-5 proprietà confinanti.

Il motivo è fondato.

La sentenza di primo grado ha fondato il proprio convincimento su tre argomenti : a) la via Consiol sarebbe aperta al pubblico passaggio da tempo immemorabile, per una molteplicità di usi e con una pluralità di mezzi; b) la strada consentirebbe il collegamento con la pubblica via Panoramica e non sarebbe una via cieca; c) la strada sarebbe catastalmente classificata come strada vicinale e iscritta al Comune di Malcesine; da tali elementi discende la statuizione, nei limiti di un accertamento incidentale, dell'uso pubblico della strada vicinale, da ritenersi esteso anche alla fascia privata, non distinguibile dal restante sedime stradale.

Occorre considerare che, per giurisprudenza costante, la strada vicinale è pubblica allorché sussistano determinati elementi di fatto, consistenti nell'esistenza di un effettivo passaggio esercitato *iure servitutis publicae* da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad un gruppo territoriale, nella concreta idoneità del bene a soddisfare esigenze di carattere generale (quale il collegamento con la pubblica via), nonché nella esistenza di un titolo valido a fondamento del diritto ad uso pubblico; merita precisare che è richiesto un transito generalizzato tale per cui la amministrazione comunale possa vantare un diritto ai sensi dell'art. 825 cod. civ.

La sentenza si fonda essenzialmente sui verbali di sopralluogo della Polizia locale, ma il quadro probatorio desumibile dalla documentazione in atti risulta complesso e incerto; in particolare non è stata affatto considerata la relazione resa dal responsabile dell'Area territorio, ecologia, ambiente e servizi alla collettività del Comune di Malcesine in data 12 aprile 2019 alla Legione dei Carabinieri "Veneto", Stazione di Malcesine, con la quale, alla stregua delle risultanze documentali, la strada Consiol è stata qualificata come strada vicinale ad uso privato, in quanto «*non evidenzia –anche storicamente- un interesse generale [...]*» che ne consenta l'assimilazione con una strada comunale. D'altro canto, le dichiarazioni sostitutive (dei signori Eccli Antonio, Sala Stefano e Sala Francesco) raccolte in data 31 agosto 2020 dalla Polizia locale sono idonee solamente a rappresentare che vi era *in loco* un'attività di cava presso la quale ha lavorato il sig. Sala Silvio, ma non anche a dimostrare, seppure soltanto a livello

indiziario, che nella strada Consiol vi fosse un passaggio esercitato *iure servitutis publicae* da una collettività di persone, e neppure la funzionalità della strada a soddisfare esigenze di carattere generale. Né può ovviamente ritenersi che l'uso pubblico immemorabile della strada Consiol sia inferibile dal verbale di sopralluogo della Polizia locale (verosimilmente risalente al 17 settembre 2012), in cui l'agente, chiamato ad accertare se il posizionamento dei paletti di ferro da parte della sig.ra Sganzerla fosse stato autorizzato, afferma che dette opere sono state eseguite su una strada vicinale che dà accesso a diverse proprietà e abitazioni e da tempo immemorabile risulta aperta ad un passaggio pubblico. A maggiore ragione appare incomprensibile l'assunto difensivo del Comune secondo cui detto verbale avrebbe dovuto essere impugnato, trattandosi chiaramente di una contestazione dell'intrinseco dell'atto pubblico.

Merita aggiungere ancora che l'iscrizione della strada nell'elenco delle strade vicinali del Comune non costituisce titolo valido a fondamento del diritto di uso pubblico, che, nella fattispecie controversa, seppure nei limiti dell'accertamento incidentale consentito al giudice amministrativo, non risulta, ad avviso del Collegio, dimostrato.

3. – L'accoglimento del secondo motivo appare assorbente ai fini del decidere, escludendo l'uso pubblico della strada vicinale, costituente il presupposto dell'ordinanza gravata.

In ogni caso, va rilevato, per completezza di trattazione, che risulta fondato anche il terzo motivo, in quanto l'ordinanza di rimozione dei paletti in ferro, seppure non preclusa dal giudicato (per difetto di motivazione) di cui alla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto n. 173 del 2011, doveva essere assistita da idonea motivazione, anche attinente all'esercizio del potere di polizia delle strade (e non dunque la materia edilizia), non configurabile una volta escluso l'uso pubblico della strada vicinale.

4. – Possono, infine, essere dichiarati assorbiti gli ultimi due motivi, con i quali si deduce lo sviamento di potere e la violazione della disciplina sulla partecipazione al procedimento, sussistendo un rapporto di chiara continenza o comunque implicazione logica tra la censura accolta e le assorbite.

5. – Alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'ordinanza impugnata.

Per completezza di trattazione, merita precisare che infondata è l'eccezione di irricevibilità dell'appello svolta dall'amministrazione comunale, nell'assunto che si verta al cospetto di un'espropriazione di fatto, cui sarebbe applicabile il rito speciale dell'art. 119, comma 2, cod. proc. amm., comportante una dimezzazione dei termini. E' sufficiente rilevare al riguardo che, come si desume dall'art. 119, comma 1, lett. f), dello stesso testo normativo, disposizione di stretta interpretazione, il dimezzamento dei termini processuali si applica ai soli giudizi impugnatori aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione.

6. – La natura della controversia integra le ragioni prescritte dalla legge per la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

IL SEGRETARIO