



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1769 del 2022, proposto da Andrea Stendardi, Società Agricola Macchia Carbona S.S., rappresentati e difesi dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento 11;

contro

Guido Pallini, Diana Theodoli, Diaccialone Società Agricola S.S., rappresentati e difesi dagli avvocati Franco Modena, Aristide Police, Maurizio Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Maurizio Rossi in Roma, via Giulia 66;

nei confronti

Comune di Capalbio e Comune di Manciano, in persona dei rispettivi sindaci *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Alessandro Antichi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Legambiente Nazionale Aps Onlus, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Francesca Saveria Pellegrino, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (sezione terza) n. 00170/2022, resa tra le parti, concernente il provvedimento del 27.05.2021 a firma del Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Capalbio avente ad oggetto: “*Opere eseguite in assenza di titolo su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di Enti Pubblici - Articolo 35 DPR 389/2001 e 201 LRT65/2014. Diffida ad adempiere*”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale del Comune di Capalbio;

Visto l'intervento per opposizione di terzo della signora Francesca Saveria Pellegrino;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori Guido Pallini e Diana Theodoli e della società agricola Diaccialone;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Manciano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2022 il Cons. Carmelina Adesso e uditi per le parti gli avvocati Gianluigi Pellegrino, Franco Modena, Maurizio Rossi, Aristide Police, Alessandro Antichi e Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe il signor Stendardi Andrea ha impugnato la sentenza del TAR Toscana, sezione terza, n. 170 del 14.02.2022 che ha accolto il ricorso proposto dai signori Guido Pallini e Diana Theodoli Pallini e dalla società agricola

Diaccialone avverso il provvedimento del 27.05.2021 a firma del Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Capalbio avente ad oggetto: *“Opere eseguite in assenza di titolo su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di Enti Pubblici - Articolo 35 DPR 389/2001 e 201 LRT 65/2014. Diffida ad adempiere”*.

1.1 L'appellante deduce che:

- è titolare di un'azienda agricola sita in Comune di Capalbio, località Macchia Carbona;
- sino agli anni '90 il collegamento tra località Macchia Carbona e la restante parte del territorio di Capalbio era garantito dalla strada denominata “Pescia Fiorentina - Manciano”, antica strada “doganale” di transumanza;
- all'inizio degli anni '90, i proprietari dell'azienda agricola Diaccialone inglobarono la parte del tracciato della vecchia via doganale corrispondente alla lunghezza della loro proprietà all'interno di una recinzione aziendale, che veniva così chiusa da due nuovi cancelli, uno a sud e uno nord della proprietà, interrompendone il tracciato ed impedendovi l'accesso;
- il competente Comune di Capalbio restò all'inizio del tutto inerte e soltanto il Comune di Manciano emise un'ordinanza di rimozione del cancello nord, posto verso il confine territoriale con quel Comune, ordinanza che fu impugnata dai proprietari dell'azienda agricola Diaccialone e annullata dal TAR Toscana con sentenza n. 2637/2004 all'esito di un giudizio nel quale il Comune di Manciano non si era costituito;
- più di recente, l'appellante, unitamente ad altri residenti e proprietari del luogo, ha chiesto al Comune di Capalbio la rimozione dell'abusiva interclusione della Pescia Fiorentina-Manciano;
- il Comune di Capalbio, a seguito di un sopralluogo dei vigili del fuoco, ha accertato l'esistenza dei cancelli abusivi su area demaniale e ha diffidato l'azienda Diaccialone ed i proprietari e amministratori della stessa (Diana Theodoli Pallini e Guido Pallini) a rimuovere le opere ai sensi degli artt. 35 DPR 380/01 e 201 LRT 65/14;

- a seguito di ricorso dei signori Pallini e della Diaccialone (notificato al solo Stendardi in qualità di controinteressato), il TAR ha annullato il provvedimento sopra indicato, ritenendo che non fosse provata la natura demaniale della strada.

2. Con ricorso notificato e depositato in data 28 febbraio 2022 l'appellante chiede la riforma della sentenza impugnata per i seguenti motivi: *i)* la natura demaniale dell'area risulta provata sulla base del verbale della polizia municipale n. 13/2020 che fa prova fino a querela di falso, dalla certificazione dell'Archivio di Stato di Grosseto del 8.04.2021, dallo stesso rogito di acquisto dei terreni esibito dai Pallini, che attesta che i terreni compravenduti sono "attraversati" dalla Pescia Fiorentina-Manciano, della perizia Monaci, che conferma come anche dal computo metrico delle particelle oggetto di acquisto risulta escluso il terreno costituito dal ridetto collegamento, oltre che dalla perizia Villani e dalla relazione storica Rombai; *ii)* il TAR non ha considerato la pacifica assenza di titolo che legittima l'ordine di rimozione a prescindere dagli elementi che confermano la demanialità del bene; *iii)* la decisione appellata è viziata dalla violazione del contraddittorio, in quanto gli originari ricorrenti hanno notificato il ricorso di primo grado solo all'odierno appellante e non agli altri privati che hanno chiesto l'intervento del Comune e hanno partecipato al contraddittorio (sig.ri Giacomo Possati, Paola Afra Rossi e Francesca Saveria Pellegrino), anch'essi controinteressati, ma pretermessi e, quindi, restati illegittimamente estranei al giudizio di primo grado; *iv)* la sentenza appellata è errata anche nella parte in cui ha condannato l'odierno appellante alla rifusione delle spese di lite alla luce della ravvisata (e contestata) situazione di "incertezza" in ordine alla appartenenza del sedime dell'antico collegamento Pescia Fiorentina-Manciano.

3. Il Comune di Capalbio ha proposto ricorso incidentale, notificato e depositato in data 15 marzo 2022, deducendo: *i)* il difetto di interesse dei ricorrenti di primo grado ad impugnare la diffida preventiva che non ha valore di ordine di demolizione; *ii)* l'irrilevanza della scelta del procedimento di repressione

dell'abuso; *iii*) la natura demaniale della strada, trattandosi della strada già denominata Via Capita, censita come pubblica nel Catasto Lepoldino; *iii*) l'erroneità della condanna alle spese.

3.1 Con successiva memoria del 12 maggio 2022 il Comune ricorrente incidentale ha dedotto che la legittimità dell'ordinanza *ex art.* 35 d.p.r. 380/2001 non è inficiata dalla natura di strada vicinale ad uso pubblico della Pescia Fiorentina Marciano in quanto i diritti demaniali su beni altrui sono assoggettati al regime di tutela del demanio ai sensi dell'art 825 c.c.

4. In data 18 marzo 2022 ha proposto intervento per opposizione di terzo *ex art.* 109 comma 2 c.p.a. la signora Pellegrino Francesca Saveria, residente in località Macchia Carbona, che nell'anno 2020, unitamente al signor Stendardi e ad altri proprietari e residenti della zona, ha presentato al Comune un'istanza per la riapertura del collegamento, interrotto dall'apposizione dei cancelli. L'opponente impugna la sentenza sulla scorta di motivi coincidenti con quelli proposti dall'appellante Stendardi, rilevando come il sedime della strada in questione sia sempre stato di proprietà demaniale o comunque gravata da uso pubblico.

5. In data 1 marzo 2022 si sono costituiti gli appellati Pallini Guido, Diana Theodoli Pallini e la società agricola Daccialone che, con successiva memoria del 18 marzo 2022, hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello principale per violazione del canone di specificità nonché di sinteticità e chiarezza, insistendo per la reiezione nel merito e la conferma della sentenza impugnata.

6. Si è costituito il Comune di Manciano che ha aderito alle difese del Comune di Capalbio.

7. Le parti hanno depositato memorie e documenti, insistendo nelle rispettive difese.

8. All'udienza del 14 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. In via preliminare, il Collegio prende atto che in data 30 marzo 2022 la società agricola Diaccialone ha proposto atto di citazione davanti al Tribunale di Grosseto per accertare che l'area di sedime non è di proprietà del Comune e che non è

gravata da uso pubblico (doc. 66-67-68-69 deposito Pallini del 4/05/2022).

9.1 Il giudizio civile, tuttavia, non assume carattere pregiudiziale *ex artt.* 295 c.p.c. e 79 c.p.a, atteso che la natura della strada e l'attualità o meno dell'uso pubblico sono oggetto di cognizione meramente incidentale nel presente giudizio, ai sensi dell'art. 8 c.p.a, ai soli fini dell'accertamento della legittimità del provvedimento impugnato.

10. Sempre in via preliminare, deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello principale proposta dagli appellati con memoria del 18 marzo 2022, poiché il ricorso-di dimensioni contenute (18 pagine complessive) - reca quattro profili di censura sufficientemente specifici e sintetici, suddivisi anche graficamente in paragrafi contrassegnati da numeri romani.

11. Deve, altresì, essere respinta l'eccezione di inammissibilità dell'intervento per opposizione di terzo della signora Pellegrino, del pari sostenuta dalla parte appellata (memoria del 13 maggio 2022). Dalla documentazione in atti non risulta che il ricorso di primo grado sia stato regolarmente notificato all'opponente e che la prova dell'avvenuta notifica sia stata depositata nel fascicolo di primo grado, essendo del tutto inidonea a tali fini la comunicazione delle poste italiane, peraltro, inammissibilmente depositata solo in grado di appello in violazione dell'art 104 c.p.a. Quanto all'errata notifica dell'intervento per opposizione al Comune di Capalbio, l'eccezione è inammissibile per difetto di interesse.

12. Va, per contro, accolta l'eccezione di inammissibilità dei documenti prodotti dalla parte appellata per violazione dell'art. 104 comma 2 c.p.a., proposta dall'appellante Stendardi con memoria del 13 maggio 2022. Per tale ragione, il Collegio non terrà conto della documentazione, ad eccezione di quella sopravvenuta rispetto al giudizio di primo grado.

13. Premesso quanto sopra, l'appello principale, l'appello incidentale e l'opposizione di terzo recano censure omogenee, volte alla riforma della sentenza impugnata, con reiezione del ricorso di primo grado e conferma della legittimità

della diffida a demolire, e verranno, pertanto, esaminati congiuntamente in ossequio al principio di sinteticità degli atti a cui devono conformarsi sia le parti che il giudice (art. 3 comma 2 c.p.a.).

14. Nel merito gli stessi sono fondati.

15. Nel caso di specie si discute della tutela del diritto di pubblico passaggio su una strada vicinale, fattispecie che rientra tra i diritti di uso pubblico contemplati, unitamente alle servitù prediali pubbliche, dall'art. 825 c.c. (diritti demaniali su beni altrui).

15.1 Essi consistono in un peso a carico di un bene immobile per consentire un'attività a beneficio di una collettività di persone (*uti cives*), attività volta a soddisfare un'esigenza di carattere generale e diretta a realizzare un fine di pubblico interesse (passaggio o altro).

15.2 Al "peso" sul bene corrisponde, quindi, un diritto di uso pubblico, il cui contenuto non è predeterminato, dovendo unicamente essere idoneo a soddisfare un interesse pubblico attraverso il suo esercizio da parte di una collettività indistinta di persone (Cass. civ. sez II, ord. 28869 del 19 ottobre 2021).

15.3 Il diritto in questione non incide sulla titolarità del diritto di proprietà, che rimane in capo al privato, ma limita le facoltà del proprietario in vista della realizzazione dell'interesse generale consistente nel parziale utilizzo da parte della collettività di riferimento.

15.4 La proprietà privata viene, per tale via, funzionalizzata al pubblico interesse mediante l'istituzione su di essa di un diritto parziario, qualificato *ex lege* come demaniale (Cons. Stato, sez. II 12 maggio 2020 n. 2999).

16. Secondo la giurisprudenza, l'uso pubblico di una strada richiede la sussistenza di tre concorrenti elementi, costituiti: *i*) dall'esercizio del passaggio e del transito *jure servitutis publicae* da parte di una moltitudine indistinta di persone, qualificate dall'appartenenza ad un ambito territoriale; *ii*) dalla concreta idoneità della strada a soddisfare, anche per il collegamento con la via pubblica, le esigenze di carattere generale e pubblico; *iii*) da un titolo valido a sorreggere l'affermazione del diritto di

uso pubblico, il quale può identificarsi nella protrazione dell'uso da tempo immemorabile, ossia nel comportamento della collettività contrassegnato dalla convinzione di esercitare il diritto d'uso della strada (Cons. Stato sez. II 18 maggio 2020 n. 3158).

16.1 L'inserimento di una strada nell'elenco delle vie pubbliche o gravate da uso pubblico riveste funzione puramente dichiarativa della pretesa del comune, ponendo una semplice presunzione di pubblicità dell'uso, superabile con la prova contraria della natura della strada e dell'inesistenza di un diritto di godimento da parte della collettività mediante un'azione negatoria di servitù (sul punto, si richiama la costante giurisprudenza sia civile che amministrativa: cfr, *ex multis*, Cons. Stato, sez. II 21/01/2020 n. 471; sez. V 16/03/2020 n. 1870 e 29/05/2017 n. 2531; Cass. Sez. VI ord. 12/03/2021 n. 7091; sez. 2, sent. 14/06/2018 n. 15618; sez. II 12/11/2019, n. 29228)

17. Nel caso di specie, la strada Pescia Fiorentina-Manciano è classificata come "strada vicinale di uso pubblico" ed è indicata al n. 27 dell'elenco delle strade vicinali approvato con delibera del Comune di Ortebello n. 662 del 31 dicembre 1936, elenco confermato e approvato dal Comune di Capalbion con deliberazione n. 48 del 7 luglio 1966 (doc. 9 del fascicolo di primo grado Pallini).

17.1 La parte appellata non contesta la natura di strada vicinale della Pescia Fiorentina Manciano, ma afferma che, trattandosi di strada privata sebbene soggetta ad uso pubblico, il Comune non poteva adottare l'ordinanza di cui all'art. 35 d.p.r. 380/2001 che riguarda le aree demaniali o comunque di proprietà pubblica e che, in ogni caso, l'uso pubblico era ormai cessato da anni, come emerge dalla sentenza del TAR Toscana n. 2637/2004, resa nei confronti del Comune di Manciano.

17.2 Il Collegio non condivide quanto sostenuto da parte appellata, in considerazione della particolare configurazione della proprietà della strada vicinale e della sua funzionalizzazione alla soddisfazione dell'interesse generale al pubblico passaggio.

17.3 Siffatta funzionalizzazione ne determina l'attrazione nella sfera pubblicistica di tutela, come sancito dall'art. 823 c.c.

17.4 Le modalità di tutela devono logicamente conformarsi al carattere parziario del diritto, poiché il comune può esercitare i soli poteri che siano rivolti a garantire e disciplinare l'uso generale da parte della collettività, senza pregiudicare la facoltà di disposizione e quelle di godimento che rimangono in capo al proprietario.

17.5 Nel caso di specie l'ordinanza impugnata era finalizzata a garantire, mediante la rimozione dei cancelli, il ripristino del diritto di pubblico passaggio, illecitamente interrotto dal privato.

17.6 Il proprietario, sottraendo il bene al pubblico passaggio, ha esercitato una facoltà estranea al contenuto del proprio diritto, pregiudicando il diritto demaniale (su bene altrui) dell'amministrazione, diritto che l'amministrazione ha inteso salvaguardare con l'ordinanza ex art. 35 d.p.r. 380/2001 in quanto attratto nell'orbita pubblicistica di tutela dall'art. 823 c.c.

17.7 Il provvedimento impugnato è stato, quindi, adottato per il perseguimento di una finalità lecita e rispondente all'interesse generale, in considerazione della già ricordata funzionalizzazione della proprietà al vantaggio della collettività.

18. Né è possibile desumere la cessazione dell'uso pubblico dall'avvenuta chiusura del fondo da parte degli appellati- circostanza, invece, valorizzata dal TAR nella citata sentenza 2637/2004, richiamata dalla sentenza oggetto di impugnazione- atteso che il venir meno del pubblico passaggio deve discendere da un comportamento inequivoco dell'amministrazione e non da una condotta della parte privata.

18.1 Per pacifica giurisprudenza l'estinzione della servitù di pubblico passaggio su strada vicinale non può nemmeno derivare dall'eventuale mancato o scarso uso di tale passaggio da parte degli utenti, ma richiede una pluralità di comportamenti o atti positivi che per concludenza e univocità manifestino l'intervenuta modifica nell'uso e destinazione della strada (Cass. civ. sez. II, 12 novembre 2019 n. 29228; 19 ottobre 2021 n.28869; 14 maggio 2018 n. 11676).

19. Per le ragioni sopra indicate, l'appello principale, l'appello incidentale e l'opposizione di terzo sono fondati e devono essere accolti, circostanza che esime il Collegio dall'esame delle ulteriori censure proposte avverso la sentenza impugnata.

20. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, eccetto che nei confronti del Comune di Manciano, in relazione al quale sussistono giustificati motivi - tenuto conto della posizione di mera adesione alle difese del comune di Capalbio- per disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale, l'appello incidentale e l'intervento per opposizione di terzo e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la parte appellata alla refusione a favore dell'appellante principale Stendardi, dell'appellante incidentale Comune di Capalbio e dell'opponente Pellegrino delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre a spese generali e accessori di legge, compreso il contributo unificato, se dovuto.

Spese compensate con il Comune di Manciano.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Carmelina Adesso

IL PRESIDENTE
Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.