

Pubblicato il 08/08/2023

N. 00037/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00047/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 47 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Mazza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di -OMISSIS-, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Antonio Giulio Carbonara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

1. della deliberazione n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, adottata dal Consiglio Comunale del Comune di -OMISSIS-, avente ad oggetto: "Procedimento di riconoscimento del pubblico uso su tratto di strada privata in -OMISSIS-", mai comunicata al ricorrente;

2. di ogni ulteriore atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto da parte ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- il 17/1/2023:

1. della deliberazione n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, adottata dal Consiglio Comunale del Comune di -OMISSIS-, avente ad oggetto: “procedimento di riconoscimento del pubblico uso su tratto di strada privata in -OMISSIS-”, mai comunicata al ricorrente;

2. di ogni ulteriore atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto da parte ricorrente

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2023 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente ha impugnato la delibera n. -OMISSIS-, con la quale il Comune di -OMISSIS- ha inteso riconoscere l'uso pubblico di un tratto di strada privata insistente su terreni di proprietà del sig. -OMISSIS- siti in -OMISSIS-.

Trattasi di un percorso che si diparte dal parcheggio di proprietà dell'adiacente -OMISSIS- e si collega alla viabilità pubblica.

Ha dedotto di essere proprietario delle aree site in -OMISSIS-, fog. -OMISSIS- mapp. -OMISSIS-, in forza di atto di -OMISSIS- del -OMISSIS-.

Con lettera in data -OMISSIS- il Comune, in mancanza di accesso carraio pubblico a una parte della frazione e nelle more della progettazione dell'accesso stradale pubblico, avanzava nei confronti del ricorrente la richiesta di consentire la costituzione di un vincolo di passaggio temporaneo di uso pubblico per dieci anni nelle more della realizzazione del predetto accesso carraio.

Con atto notarile del -OMISSIS-, debitamente registrato e trascritto ai sensi dell'art. 2645 *quater* c.c., veniva costituito in favore dell'amministrazione un vincolo di uso pubblico di durata decennale, fatta salva la risoluzione anticipata in caso di realizzazione della prevista strada comunale.

Con PEC del -OMISSIS- il ricorrente chiedeva all'amministrazione comunale notizie relative alla delibera qui impugnata, a lui mai personalmente comunicata, avente ad oggetto la presunta costituzione di una servitù di uso pubblico sui terreni già interessati del vincolo di uso pubblico ormai prossimo alla scadenza.

L'istanza veniva ignorata dall'amministrazione e il ricorrente presentava ricorso per l'accesso.

Con specifico riferimento alla qui impugnata deliberazione, lamenta parte ricorrente:

- 1) la mancata comunicazione di avvio del procedimento, in violazione della l. n. 241/90; il provvedimento impugnato, tra l'altro, menziona una pregressa deliberazione di Giunta n. -OMISSIS-, con la quale sarebbe stata costituita una servitù di passaggio sui terreni di proprietà del ricorrente; anche tale presupposto atto non sarebbe mai stato portato a diretta conoscenza del ricorrente, soggetto certamente leso dall'intera attività provvedimentale;
- 2) l'eccesso di potere per sviamento e contrasto con precedenti provvedimenti, difetto di istruttoria, errore di fatto e violazione del principio di leale collaborazione; il Comune avrebbe costituito la servitù per "*dicatio ad patriam*", istituto che vede tuttavia tra i suoi presupposti la volontà del soggetto inciso di mettere il proprio bene a disposizione della collettività in via definitiva e in perpetuo; tutto al contrario l'unico atto intercorso tra le parti manifestava una disponibilità temporanea a concedere il passaggio pubblico; ne consegue l'eccesso di potere, dato dalla forzata interpretazione che l'amministrazione ha dato alla condotta di parte ricorrente;
- 3) l'eccesso di potere per contrasto con precedenti provvedimenti della stessa amministrazione, travisamento dei fatti, errore manifesto, carenza e illogicità

di motivazione; l'atto di vincolo concordato tra le parti era caratterizzato da temporaneità, circoscriveva la natura solo pedonale del passaggio e collegava la concessione con la prevista realizzazione di un parcheggio ed accesso pubblico, in quella fase solo in progetto; con la delibera qui impugnata tutti gli elementi caratterizzanti il pregresso atto sarebbero stati arbitrariamente tralasciati dall'amministrazione;

4) **ulteriore vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione;** secondo l'amministrazione comunale, con la delibera n. -OMISSIS-, sarebbe già stata accertata la sussistenza di una servitù di passaggio pubblico pedonale sui terreni del ricorrente e fino al collegamento con la strada comunale di -OMISSIS-; ciò in quanto vi sarebbe stato in atto da tempo un uso collettivo dell'area per un passaggio che si diparte dal parcheggio privato di proprietà dell'adiacente -OMISSIS- e raggiunge, appunto, la viabilità pubblica. La tesi sarebbe tuttavia contraddetta dall'esistenza, in fatto, di una strada vicinale o sentiero, ancorché non mappato ma pur visibile nel catasto sentieri, che collega appunto le case di -OMISSIS- con la strada a monte, svolgendo la funzione pubblica che l'amministrazione attribuisce al passaggio contestato; altri e diversi sarebbero dunque i percorsi da tempo immemore utilizzati dalla collettività;

5-6) **la violazione dell'art. 6 co. 1 della l. n. 241/90** oltre ad ulteriori vizi di motivazione ed istruttoria; nell'atto impugnato si menzionano pretese dichiarazioni rese da proprietari frontisti dei terreni del ricorrente, senza che siano indicate né le generalità dei dichiaranti né il tempo e il contenuto specifico delle dichiarazioni rese, sicché la loro menzione appare inidonea a costituire motivazione; ancora, a supporto dell'uso pubblico del passaggio, si menzionano interventi manutentivi nel tempo posti in essere dall'amministrazione comunale; ove si intenda fare riferimento alle opere manutentive previste nell'atto di vincolo temporaneo stipulato tra le parti, premesso che il ricorrente ne contesta l'esatto adempimento, le stesse

rappresentavano appunto l'adempimento di obbligazioni assunte a fronte di un vincolo temporaneo e non possono dunque assumere diverso significato.

Ha quindi chiesto annullarsi il provvedimento impugnato.

Si è costituita l'amministrazione resistente affermando che, con il provvedimento impugnato, sarebbe stato riconosciuto l'uso pubblico del passaggio ai sensi dell'art. 825 c.c.; l'impugnata deliberazione sarebbe inoltre stata trasmessa a mezzo PEC in data -OMISSIS- alla -OMISSIS- del ricorrente; siffatta comunicazione renderebbe prive di pregio le contestazioni circa la mancata comunicazione individuale e il mancato riscontro all'istanza di accesso agli atti; per altro il ricorrente, avendo prodotto il provvedimento in giudizio, ne sarebbe venuto a conoscenza.

Quanto alla mancata comunicazione di avvio del procedimento, si tratterebbe di inutile formalismo, in quanto il ricorrente non avrebbe potuto offrire alcun apporto utile al procedimento.

Nel merito ha insistito per l'effettiva esistenza del passaggio pubblico sin dalla prima lottizzazione delle aree.

Con atto di ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 17.1.2023, parte ricorrente ha ulteriormente evidenziato che, nel parallelo giudizio di accesso agli atti intentato per la consegna della qui impugnata delibera e della documentazione procedimentale a suo corredo, questo TAR ha accolto la domanda di accesso.

Alla luce degli atti consegnati parte ricorrente sostiene che sarebbero emerse ulteriori ragioni di illegittimità della deliberazione qui impugnata per:

1) violazione degli artt. 7 e 38 del d.lgs. n. 267/2000 e del regolamento interno del Comune di -OMISSIS- adottato con delibera C.C. n. -OMISSIS-; dovendosi assumere che il Comune, in esecuzione della sentenza con la quale questo TAR ha accolto la domanda di accesso, abbia consegnato tutta la documentazione afferente il procedimento per cui è causa, la difesa di parte ricorrente, dopo una minuziosa analisi della disciplina regolamentare di funzionamento dei lavori del Consiglio Comunale, sostiene che, nel caso di

specie, la procedura di formazione dell'atto impugnato sarebbe viziata per mancanza della proposta di deliberazione ritualmente formulata, del prescritto parere del Segretario comunale, dell'avviso scritto di convocazione dei consiglieri per la pertinente seduta, dell'atto di deposito degli argomenti iscritti all'ordine del giorno in cui è stata adottata la qui impugnata deliberazione, dell'atto di pubblicazione all'albo comunale dell'elenco degli argomenti da trattare in quella medesima giornata.

Ha quindi insistito per l'annullamento del provvedimento impugnato, anche in relazione ai sovra-riportati vizi di formazione dell'atto.

L'amministrazione resistente, previa richiesta di rinvio della discussione originariamente fissata per consentire il rispetto dei termini a difesa in relazione all'atto di motivi aggiunti, ha replicato circa la correttezza della procedura seguita per l'adozione della delibera comunale.

A fronte dei depositi documentali dell'amministrazione del -OMISSIS-, parte ricorrente ha inoltre sostenuto che, essendo in questa sede stata depositata documentazione afferente l'impugnata delibera comunale che non era stata consegnata in ottemperanza alla pregressa decisione di questo TAR di accoglimento dell'istanza di accesso, sussisterebbero profili di rilevanza penale nella condotta dall'amministrazione per aver omesso o rifiutato atti d'ufficio e/o comunque ignorato un ordine legalmente dato dall'autorità.

A tutto concedere la condotta dell'amministrazione giustificerebbe, comunque, in questa sede una sanzione per lite temeraria all'atto della condanna e quantificazione alla rifusione delle spese lite.

In ogni caso ha ribadito come, anche a fronte della documentazione prodotta, mancherebbero tuttora alcuni necessari passaggi procedurali che conforterebbero la fondatezza dei motivi aggiunti.

Le parti hanno depositato repliche ed anche la difesa dell'amministrazione ha ritenuto di condividere la richiesta di trasmissione degli atti alla locale Procura della Repubblica ravvisando, a sua volta, ulteriori possibili profili di reato.

All'udienza del 14.7.2023 la causa è stata discussa e decisa nel merito.

DIRITTO

Pare indispensabile un previo inquadramento giuridico della problematica.

Le servitù si costituiscono, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1032 c.c., per contratto o, in mancanza di accordo tra le parti, per sentenza del giudice; quest'ultima in caso di contestazione risulta indispensabile anche per accertare l'eventuale acquisto per usucapione.

La sentenza cui la norma effettua riferimento è indubbiamente la sentenza del giudice civile; l'accertamento di sussistenza dei requisiti di costituzione di una servitù è infatti pacificamente devoluto, impingendo prerogative della proprietà, alla cognizione del giudice ordinario. Per una specifica ipotesi di accertamento di costituzione di servitù di passaggio pubblico per *dicatio ad patriam* che il giudice di legittimità assimila all'usucapione si veda Cass. 20873/2004.

Alla luce di tale premessa risulta già del tutto erronea l'affermazione che si rinviene nel provvedimento impugnato e secondo la quale la *dicatio ad patriam* costituirebbe un – inesistente - “titolo di diritto amministrativo”.

Le servitù possono infatti essere costituite per atto amministrativo solo “*nei casi specialmente determinati dalla legge*” (art. 1032 c.c.).

Ribadito che l'art. 855 c.c. in tema di *dicatio ad patriam* non è una norma speciale che preveda una costituzione di servitù per atto amministrativo (la fattispecie, salvo accordo e in caso di contrasto tra le parti, come visto, richiede l'accertamento del giudice civile, trattandosi di costituzione diritto reale per esercizio di fatto e per tempo immemore, assimilabile *lato sensu* all'usucapione), in ogni caso, là dove sia prevista da norma speciale la costituzione di servitù per atto amministrativo, essa presuppone sempre l'attivazione di una procedura ablatoria (*ex pluribus* Cass. n. 788/2022); siffatta tipologia di procedura implica, ovviamente, il riconoscimento in favore del privato di idonee garanzie procedimentali e partecipative oltre che di un indennizzo, del tutto assenti nel procedimento che ha portato all'adozione del provvedimento qui impugnato.

Anche a tal proposito appare quindi incongruo il richiamo, contenuto nella motivazione dell'atto impugnato, alle disposizioni in tema di esproprio, nessuna delle quali ha trovato applicazione nel caso di specie, con conseguente totale assenza delle prescritte garanzie; *ad abundantiam* la tesi prospettata dalla difesa dell'amministrazione, secondo la quale le garanzie partecipative sarebbero, nel caso di specie, addirittura del tutto superflue si scontra frontalmente con il fisiologico impianto partecipativo delle procedure ablatorie tutte.

Fatto tale inquadramento generale e ribadito che la pubblica amministrazione non ha alcun potere di costituire servitù di uso pubblico "*per atto amministrativo*" al di fuori di previsioni tipiche di legge e per il tramite di una procedura ablatoria, e che la *dicatio ad patriam* non rientra tra siffatte previsioni, è invece pacifico che i comuni, con mero effetto di invertire l'onere della prova circa l'esistenza o meno di una servitù di uso pubblico e senza alcuna valenza costitutiva, possono, al più, procedere all'iscrizione di una strada nell'elenco delle vie pubbliche o gravate di uso pubblico.

Per granitica giurisprudenza "*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)"

Si precisa altresì che, là dove un giudizio abbia ad oggetto in via principale l'esistenza o meno di una servitù, anche di uso pubblico, al di fuori di una procedura ablatoria, la cognizione resta, come già evidenziato, devoluta alla cognizione del giudice ordinario, incidendo direttamente sul diritto di proprietà; nell'eventuale giudizio civile tramite il quale l'amministrazione

proponga una azione di accertamento di costituzione di servitù per *dicatio ad patriam* ovvero il privato decida di tutelare la proprietà per il tramite di una azione *negatoria servitutis*, l'iscrizione della via nell'elenco delle vie pubbliche o gravate di uso pubblico produrrà i suoi effetti di inversione dell'onere della prova.

E' poi anche vero che il giudice amministrativo può *incidentalmente* conoscere dell'esistenza o meno di una servitù di uso pubblico (e tali sono tutte le fattispecie cui afferisce la giurisprudenza citata nell'atto impugnato) ma tanto può, appunto, "incidentalmente" e cioè nei soli limiti in cui tale accertamento sia finalizzato (anche in ipotesi valorizzando l'iscrizione della via nell'apposito elenco) a giudicare della legittimità o meno di un atto amministrativo che con tale servitù potrebbe in tesi interferire (si pensi, ad esempio, all'ordine di rimuovere ostacoli apposti su un passaggio gravato di passaggio pubblico, Cons. St. sez. II, n. 5126/2022, o, più in generale, alla contestazione di interventi edilizi in contrasto con l'esistenza di una prerogativa di passaggio pubblico Cons. St., sez. IV n. 5820/2018).

Tanto premesso circa i limiti e del potere amministrativo e della cognizione di questo Tar, l'atto qui impugnato viene interpretato, in ossequio al principio di conservazione degli atti per il quale si predilige l'interpretazione idonea ad attribuire loro un significato ed effetto piuttosto che ad indurne una radicale nullità/inefficacia, quale mero atto di iscrizione all'elenco delle vie gravate di uso pubblico dell'area in contestazione.

Così interpretato l'atto e ribadito che lo stesso non può produrre alcun effetto unilaterale di tipo costitutivo, esso tuttavia manterrebbe una limitata lesività per il ricorrente in quanto, comunque, porrebbe a suo carico una presunzione di pubblicità del passaggio idonea a potenzialmente pregiudicarlo in eventuali altre controversie, incidendo appunto sui suoi oneri di difesa.

In questi termini e nei limiti degli unici effetti che l'amministrazione può unilateralmente produrre nel caso di specie, il ricorrente ha interesse all'annullamento dell'atto.

Così circoscritti tanto il possibile oggetto del provvedimento che l'ammissibile oggetto del contendere, il ricorso è certamente fondato in quanto il provvedimento appare afflitto da gravi vizi motivazionali, sia sotto il profilo delle argomentazioni giuridiche che delle valutazioni in fatto.

Innanzitutto il provvedimento muove, come visto, esplicitamente da un inesistente potere amministrativo di costituire servitù per *dicatio ad patriam*, quindi invoca procedure ablatorie di cui ha pretermesso ogni regola e garanzia e infine, in fatto, menziona un atto del -OMISSIS- (prodotto dall'amministrazione sub. doc. 11) che a tutto concedere giova alla tesi di parte ricorrente.

Infatti la deliberazione n. -OMISSIS- recepisce l'accordo di costituzione di vincolo temporaneo all'epoca concluso tra le parti. La delibera espone puntualmente i termini dell'accordo; è quindi del tutto evidente che, tale deliberato, altro non rappresentava se non la formalizzazione di un accordo tra le parti (legittimo modo di costituzione di servitù ai sensi dell'art. 1032) ed ovviamente non poteva che produrre effetti conformi e coerenti con il presupposto accordo.

La delibera evidenziava esplicitamente la natura pattizia e temporanea del vincolo di uso pubblico.

E' del tutto evidente che un accordo produce i suoi effetti nei limiti del proprio contenuto; tanto la temporaneità del vincolo che la fonte pattizia della sua costituzione cozzano frontalmente con la tesi dell'amministrazione, che invece attribuisce al deliberato un inesistente effetto di corroborare l'esistenza di un vincolo perpetuo; non solo ma è evidente come l'uso pubblico del passaggio, almeno dell'ultimo decennio, sarebbe al più ascrivibile proprio e solo al puntuale adempimento dell'accordo e trova quindi fondamento (e limite) nel presupposto titolo contrattuale, con l'effetto che il passaggio esercitato in forza di siffatto titolo è l'esatto opposto di una mera tolleranza di fatto e *sine die* di un uso pubblico.

La motivazione dell'atto impugnato appare dunque incongrua, sia in termini giuridici che in termini fattuali, e siffatte problematiche risultano del tutto assorbenti ai fini dell'annullamento dell'atto impugnato.

Quanto alla richiesta di condanna dell'amministrazione per lite temeraria si osserva come la stessa sia formulata dalla difesa di parte ricorrente con riferimento alla condotta asseritamente scorretta tenuta nel contesto di altro giudizio (accesso agli atti e sua esecuzione); la condanna alle spese, anche in ipotesi per lite temeraria, resta vincolata all'oggetto del contendere cui afferisce e non può assumere una valenza di generalizzata sanzione dei comportamenti delle parti.

Nel presente giudizio la difesa dell'amministrazione non ha superato quanto rappresenta il legittimo esercizio del diritto di difesa dell'atto impugnato. La richiesta di condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c. deve quindi essere respinta.

Le spese seguono tuttavia la soccombenza.

Posto che entrambe le parti hanno chiesto disporsi la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il locale Tribunale, si manda alla segreteria di trasmettere copia della presente decisione e degli atti di causa al Procura della Repubblica presso il Tribunale di Aosta per quanto di eventuale competenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato; condanna parte resistente a rifondere a parte ricorrente le spese di lite, liquidate in € 3000,00 oltre accessori di legge; manda alla segreteria di trasmettere copia della presente decisione e degli atti di causa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Aosta per quanto di eventuale competenza.

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

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 le parti.

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Silvia La Guardia, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

Calogero Commandatore, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Paola Malanetto

IL PRESIDENTE
Silvia La Guardia

IL SEGRETARIO

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