

N. 01055/2016REG.PROV.COLL.

N. 02794/2015 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2794 del 2015, proposto dall'avvocato Marina Marino, rappresentata e difesa dall'avvocato Gesualdo Antonio Pala, con domicilio eletto presso Roberto Venettoni in Roma, via Cesare Fracassini 18;

***contro***

Comune di Santa Marinella, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Di Girolamo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale delle Milizie 38;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II-BIS, n. 9288/2014, resa tra le parti, concernente un'ordinanza con cui il Comune ha ingiunto di rimuovere un cancello carrabile automatico e la relativa recinzione posti su una strada privata

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Santa Marinella;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 1919 del 5 maggio 2015;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Pala Gesualdo Antonio e Di Girolamo Stefano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. L'avv. Marina Marino impugna l'ordinanza del sindaco di Santa Marinella n. 4 del 24 gennaio 2013, con la quale è stata intimata a rimuovere il cancello carrabile automatico e la relativa recinzione da essa apposti sulla via Mar Nero, strada di accesso carraio all'abitazione di sua proprietà, facente parte del complesso edilizio di villette a schiera "prato del mare", in virtù di d.i.a. acquisita al protocollo dell'amministrazione con n. 11840/2008.

2. Con la sentenza in epigrafe il TAR Lazio – sede di Roma ha respinto l'impugnativa, statuendo che l'ordinanza sindacale:

- è conseguita alla comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela della d.i.a., ritualmente effettuata dall'amministrazione nei confronti della ricorrente, risultando così assicurato il contraddittorio;

- quest'ultima non ha fornito alcuna prova in ordine all'«*insussistenza del diritto di transito ad uso pubblico*» sulla strada vicinale oggetto del provvedimento impugnato;

- l'ordinanza è di conseguenza fondata legittimamente su ragioni di ordine e sicurezza pubblici ex art. 54 t.u.e.l., connesse al transito veicolare sulla strada, invece pregiudicate dal cancello.

3. L'avv. Marino ha appellato la pronuncia di primo grado, per resistere al quale si è costituito il Comune di Santa Marinella.

4. Con ordinanza cautelare n. 1919 del 5 maggio 2015 è stata sospesa l'efficacia del provvedimento impugnato.

## DIRITTO

1. In via preliminare, il Comune appellato ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione del *ne bis in idem*, su cui il TAR non si è pronunciato, per avere ritenuto infondata nel merito l'impugnativa.

Secondo l'amministrazione sarebbe ravvisabile un'«*identità della questione*» (pag. 12 della memoria costitutiva) tra la presente fattispecie controversa e quella oggetto della separata impugnativa proposta dall'avvocato Marino contro l'ordinanza sindacale n. 46 del 19 agosto 2009, avente un contenuto dispositivo analogo a quella oggetto del presente giudizio, e cioè l'ordine di lasciare aperto il cancello in contestazione «*per ragioni di sicurezza*» (ricorso proposto al TAR Lazio – sede di Roma, n. di r.g. 5963/2009). Il Comune sottolinea quindi che l'istanza di sospensiva dell'odierna appellante chiesta nell'altro contenzioso è stata respinta, essendosi giudicate prevalenti le esigenze della collettività di utilizzo della strada (ordinanza cautelare del n. 4955 del 29 ottobre 2009, confermata da questa Sezione in appello, con ordinanza n. 1859 del 26 aprile 2010).

2. L'eccezione è chiaramente infondata.

In linea generale, l'identità della questione controversa non significa identità di causa. La prima si ha infatti quando la decisione di due o più giudizi dipenda dalla risoluzione di identiche questioni, di fatto o di diritto, mentre la seconda si fonda invece sulla perfetta identità delle parti litiganti, del *petitum* e della *causa petendi*.

Ciò precisato, rispetto al precedente contenzioso quello attuale presenta evidente diversità con riguardo a questi ultimi due profili, dal momento che è impugnato un provvedimento del tutto distinto ed autonomo, fondato su presupposti fattuali e giuridici e contenuto dispositivo diversi da quello del 2009. In particolare, quest'ultimo pone in luce esigenze di sicurezza pubblica, connesse alla presenza di alcuni esercizi commerciali nel comparto edilizio “prato del mare” e la compromissione di esse per effetto della chiusura della via di accesso, attraverso il

cancello in contestazione, di cui si ordina quindi l'apertura.

Nell'ordinanza impugnata nel presente giudizio non si fa invece alcun accenno a tali superiori esigenze, ma il sindaco emanante si limita in essa a dare atto dell'esistenza nel comparto di «*aree di parcheggio ad uso pubblico*» e la conseguenze apertura della medesima via al «*pubblico transito veicolare*», per ripristinare il quale non viene ordinata la mera apertura del cancello, ma addirittura la sua rimozione.

3. Sulla base delle notazioni ora svolte non è quindi ravvisabile nemmeno un'identità della questione controversa - la quale darebbe comunque luogo ad una connessione impropria irrilevante nel processo amministrativo (mentre nel processo civile costituisce ipotesi di litisconsorzio facoltativo: art. 103 cod. proc. amm.) - ma solo mere analogie, inidonee ad integrare i presupposti del divieto di *ne bis in idem*.

4. L'eccezione deve essere respinta anche per l'ulteriore considerazione che il giudizio di impugnazione avverso la precedente ordinanza non è stato definito nel merito, ma è stata unicamente respinta l'istanza cautelare dell'avvocato Marino. Infatti, il provvedimento cautelare reso su quest'ultima non assume carattere decisorio e non incide in via definitiva sulle posizioni soggettive dedotte in giudizio, essendo destinato a perdere efficacia con la sentenza definitiva di merito (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2014, n. 61; Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4039; Cass., Sez. un, 27 settembre 2015, n. 24247, 23 settembre 2013, n. 21677)

5. Può dunque passarsi al merito.

L'appellante contesta innanzitutto che la strada sia gravata da servitù di pubblico transito (I motivo), adducendo i seguenti elementi di prova:

- l'attestazione che via Mar Nero è di proprietà del consorzio Prato del Mare, contenuta nel certificato rilasciato dallo stesso Comune di Santa Marinella in data 8 novembre 2007;
- nel procedimento originato dalla d.i.a. da essa presentata per la realizzazione del

cancello non si è mai fatto alcun riferimento alla natura pubblica dell'area, avendo anzi il Comune dato atto che la medesima è privata, richiedendo conseguentemente l'assenso di tutti i proprietari per l'intervento oggetto della denuncia;

- anche nella comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela del titolo formatosi a seguito della citata d.i.a. (nota di prot. n. 13498 dell'8 luglio 2011), da una diffida della società Baia Serena s.r.l. (in data 9 settembre 2010), proclamatasi proprietaria dell'area, non si fa alcun accenno all'esistenza sulla stessa di servitù o altri diritti pubblici, ma si menziona la sua origine da una lottizzazione privata in forza della quale è stato realizzato il complesso residenziale "prato del mare", senza alcuna cessione di aree ivi comprese al Comune.

Secondo l'appellante l'ordinanza sarebbe dunque contraddittoria rispetto a tali precedenti risultanze e non avrebbe provato l'esistenza di aree utilizzate come parcheggi pubblici.

6. L'avvocato Marino censura inoltre la sentenza di primo grado per avere ribaltato l'onere della prova della servitù di pubblico transito, asserendo che questa dimostrazione doveva invece essere fornita dall'amministrazione resistente, e non già su essa ricorrente, e per il fatto che la natura vicinale della strada sulla quale il cancello è stato eretto, ritenuta dal TAR, non emerge in alcun modo (II motivo). A questo riguardo, l'appellante sottolinea che nella convenzione di lottizzazione in forza del quale il complesso edilizio in questione è stato edificato non è previsto alcun obbligo per il privato lottizzante di assicurare il transito pubblico nell'area, specificando inoltre che la strada è «*a fondo cieco e non ha funzioni di collegamento con la pubblica via né con la rete viaria interna al Consorzio*» (pag. 12 dell'appello).

7. Infine, l'avvocato Marino si duole che il TAR abbia ritenuto il provvedimento impugnato, in assenza di qualsiasi riferimento, motivato da esigenze di tutela della pubblica sicurezza, e dunque riconducibile alle ordinanze contingibili ex art. 54

t.u.e.l. (III motivo).

8. Così riassunta la prospettazione dell'appellante, può innanzitutto essere condiviso quest'ultimo motivo.

Come infatti sopra accennato, sintetizzando il contenuto nell'ordinanza oggetto del presente giudizio, in essa non è contenuto alcun accenno alle superiori esigenze di interesse pubblico previste dal citato art. 54 e dell'urgenza di provvedere per farvi fronte, ma solo all'esistenza nel comparto di «*aree di parcheggio ad uso pubblico*» ed al fatto che l'area in questione «*non risulta ad uso esclusivo residenziale*», ma anche al transito veicolare pubblico.

Nondimeno, la fondatezza di questo motivo non è sufficiente per accogliere il presente appello e con esso il ricorso di primo grado, dal momento che essa coglie un errore del TAR di qualificazione giuridica del potere amministrativo esercitato attraverso l'atto impugnato non vincolante per il giudice d'appello, essendo invece determinante verificare se, una volta individuati correttamente i presupposti sostanziali del provvedimento, le censure contro di esso rivolte siano fondate.

9. Possono quindi essere esaminati in modo congiunto, data la loro stretta connessione, i restanti motivi d'appello (primo e secondo), i quali si indirizzano effettivamente all'ordinanza sindacale impugnata.

Ciò precisato, le censure in essi contenute non sono conferenti perché l'avvocato Marino si duole del fatto che il Comune non abbia provato che l'area privata in questione sia gravata da una servitù di uso pubblico, mentre come poc'anzi accennato l'ordinanza impugnata si fonda su un presupposto diverso, e cioè sulla necessità di ripristinare il traffico veicolare su aree private ma destinate di fatto a servizio della collettività.

10. Ciò è sufficiente a rendere legittimo l'atto impugnato, denotandone la sua origine legale nel potere di autotutela possessoria di diritto pubblico riconosciuto dall'art. 378 l. n. 2248/1865, all. F, ("Legge sulle opere pubbliche") anche ai sindaci

(comma 4), il quale non presuppone la titolarità di un diritto reale di uso pubblico, ma si fonda sull'esigenza di rimuovere gli ostacoli al libero transito esercitato anche in via di fatto dalla collettività (come statuito da questa Sezione, nella sentenza del 14 luglio 2015, n. 3531, la quale ha ritenuto legittima un'ordinanza sindacale di ripristino dello stato dei luoghi per consentire il libero transito su un cortile privato usato dalla popolazione comunale come passaggio per l'accesso alla pubblica via, escludendo che in contrario potesse rilevare la circostanza che in quel caso non era stata fornita la prova dell'esistenza di un titolo legittimante l'uso pubblico del cortile, ed in particolare la titolarità di una servitù prediale a favore di beni pubblici o di uso pubblico).

11. Ora, va peraltro precisato l'ordinanza oggetto del presente giudizio non contiene alcun riferimento al citato art. 378.

Tuttavia, il potere amministrativo deve essere qualificato in relazione ai presupposti sostanziali che ne hanno in concreto determinato l'esercizio ed alla effettiva natura del potere (*ex multis*: Sez. III, 27 novembre 2014, n. 5877; Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1515). Quindi, l'assenza di richiami espressi nella motivazione o nel dispositivo del provvedimento non è determinante, perché in conformità al principio espresso dal brocardo *iura novit curia* spetta in ogni caso al giudice amministrativo ricostruire il quadro giuridico – normativo nel quale il potere è stato esercitato e conseguentemente verificare l'esistenza delle illegittimità dedotte nell'impugnativa.

12. L'appello deve quindi essere respinto, ma le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate integralmente per la particolarità della questione controversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)