

**Consiglio di Stato**  
**Sentenza n. 4570**  
**Pubblicata il 15 luglio 2020**

[omissis]

**Fatto e diritto**

1. Oggetto della controversia è l'appello proposto dai proprietari degli immobili, costituenti un complesso residenziale, avverso la sentenza del T.a.r. n. x del 2019, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore dell'autorità giudiziaria ordinaria.
2. I proprietari hanno presentato nel settembre 2012 al Comune di x, contestualmente, due istanze: - una per apporre una barriera automatica, al fine di regolamentare l'accesso veicolare alla strada e ai loro fondi, per riservare l'accesso agli aventi diritto, alle forze dell'ordine, al soccorso, alle autorità, alla raccolta dei rifiuti; - l'altra per chiedere la relativa autorizzazione paesaggistica.
  - 2.1. Il Comune, con provvedimento (n.x, prot. n. x del 6 settembre 2013) del responsabile del servizio tutela paesaggistica e ambientale, ha rigettato l'istanza (recte le istanze) per eseguire i lavori di installazione della barriera automatica perché la stessa "a prescindere dalla compatibilità ambientale dell'intervento richiesto,...introdurrebbe un ostacolo materiale alla libera fruibilità dell'accesso e del transito, in evidente contrasto con l'ormai consolidata ed incontrovertibile destinazione all'uso pubblico della strada in questione".
    - 2.1.1. Nel suddetto provvedimento è richiamata la delibera della Giunta Comunale n. x del 18 giugno 2013, che impartisce al responsabile del servizio ambiente l'indirizzo per il rigetto della istanza.
3. I proprietari hanno impugnato, in via principale, il diniego; in via incidentale, la delibera di Giunta Comunale in esso richiamata, oltre alle relazioni presupposte; nonché il provvedimento prot. n. del 23 luglio 2013, con il quale il Responsabile del Servizio Attività Produttive - in osservanza della stessa delibera di Giunta suddetta che aveva anche proposto di aggiornare l'elenco delle strade vicinali da sottoporre all'approvazione al Consiglio Comune - ha inserito nell'elenco comunale delle strade vicinali la strada denominata x ed ha aggiornato l'elenco comunale delle strade comunali.
  - 3.1. Con un unico e articolato motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'illegittimità del diniego per violazione e falsa applicazione degli artt. 3 della L. n. 241 del 1990, 167 del D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 42, comma 1, lett. l) del Codice della strada, nonché l'eccesso di potere per carenza dei presupposti, essendo fondato il provvedimento gravato solo sulla esistenza di una servitù di uso pubblico sulla strada, prescindendo da ogni valutazione circa la compatibilità paesaggistica dell'intervento.
4. Il T.a.r. ha ritenuto il difetto di giurisdizione sulla base delle essenziali argomentazioni che seguono:
  - a) l'unica motivazione sulla quale si fonda il diniego gravato, in via principale con il presente giudizio, è la sussistenza della servitù di uso pubblico sulla strada in relazione alla quale era stata chiesta l'autorizzazione paesaggistica per l'installazione di una barriera architettonica, come del resto confermano anche le difese dei ricorrenti;
  - b) anche se la domanda proposta con il ricorso introduttivo è formalmente intesa all'annullamento di un provvedimento amministrativo, vale a dire il diniego dell'autorizzazione ex art. 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004, il petitum sostanziale, in realtà, ha natura di accertamento petitorio dell'inesistenza del diritto di uso pubblico sul tratto stradale di proprietà dei ricorrenti;
  - b1) i ricorrenti chiedono essenzialmente che sia accertata l'inesistenza di vincoli o servitù sul bene suddetto;
  - c) la conseguenza è che i ricorrenti propongono sostanzialmente un'actio negatoria servitutis - fino a oggi mai esperita nelle competenti sedi o, quanto meno mai giudicata nel merito dal giudice ordinario, laddove si accedesse alla tesi della declaratoria del difetto di legittimazione del Consorzio da parte del Tribunale civile di x (sentenza n. x/1997) - la cui cognizione non spetta a questo giudice.
5. Con l'unico motivo di appello, i proprietari denunciano la violazione dell'art. 8 c.p.a., che prevede la giurisdizione incidentale del giudice amministrativo, tutte le volte che, nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva, deve decidere, senza efficacia di giudicato, di questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale.
  - 5.1. Il Comune non si è costituito.
  - 5.2. Alla camera di consiglio del 2 luglio 2020, ai sensi dell'art. 84 del D.L. n. 18 del 2020, la causa è stata trattenuta dal Collegio in decisione.
6. L'appello è fondato e va accolto.
  - 6.1. Costituisce principio consolidato, affermato dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 4791 del 2017; n. 728 del 2012; Sez. IV, n. 5209 del 2006) quello secondo cui, se è pacifico che il giudice amministrativo non ha giurisdizione per l'accertamento, in via principale, della natura vicinale, pubblica o privata, della strada, ovvero della servitù pubblica di passaggio, essendo dette questioni devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, è anche vero che il medesimo giudice ben può, anzi, deve valutare -

incidenter tantum, ossia ai limitati fini del giudizio concernente la legittimità degli atti impugnati - la natura vicinale, pubblica o privata, del passaggio nella strada su cui si controverte, dal momento che tale questione costituisce un presupposto degli atti sottoposti al suo esame in via principale.

6.2. D'altra parte, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ha univocamente affermato la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, tutte le volte che, rispetto alle fattispecie concrete esaminate, veniva in questione una controversia promossa dai proprietari della strada per sentire accertare in via principale e definitiva che la strada non era soggetta ad uso pubblico, mentre era classificata come vicinale ad uso pubblico da provvedimenti comunali, contestandosi in radice il potere della medesima Amministrazione di "classificazione" delle strade ad uso pubblico (Ordinanze n. 1624 e n. 6406 del 2010; sentenza n. 26897 del 2016).

6.3. I suddetti principi sono applicabili alla fattispecie in esame, nella quale gli appellanti sostanzialmente si dolgono del cattivo uso del potere amministrativo.

Il provvedimento di diniego impugnato, in via principale, è fondato sulla destinazione al pubblico transito della strada, sulla quale i proprietari avevano chiesto di installare una barra automatica per limitarne l'accesso e di valutarne la compatibilità ambientale.

A fronte di tale motivazione, i proprietari hanno adito il giudice amministrativo per sentir dichiarare illegittimo il provvedimento di diniego, previa valutazione incidentale dell'uso pubblico della strada (incontestabilmente di proprietà privata), impugnando correttamente in via incidentale le determinazioni comunali presupposte alla motivazione del provvedimento amministrativo.

6.4. Va, pertanto, riaffermato il principio secondo cui l'accertamento giurisdizionale dell'effettiva esistenza della servitù di pubblico passaggio sulla quale le parti si dividono compete all'autorità giudiziaria ordinaria, trattandosi di materia di diritto soggettivo e non di interesse legittimo; mentre, il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusivamente per una cognizione incidentale sulla questione, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., senza poter fare stato sulla medesima con la propria decisione, e al solo fine di pronunciarsi sulla legittimità della determinazione dirigenziale che forma specifico oggetto di ricorso.

7. In conclusione, in accoglimento dell'appello, va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

8. In ragione della natura della controversia sono integralmente compensate le spese del doppio grado di giudizio.

#### **P.Q.M**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo.

Compensa integralmente le spese processuali del doppio grado.

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

Così deciso dal Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2020.

Fonte: <http://giustizia-amministrativa.it>