

Pubblicato il 07/12/2022

Sent. n. 7653/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3007 del 2022, proposto da [omissis], rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Sorrentino e Liberato Orsi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Massa Lubrense, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio; nei confronti

[omissis], non costituito in giudizio;

avverso il silenzio serbato dal Comune di Massa Lubrense in ordine alla diffida, acquisita al protocollo comunale n. [omissis];

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2022 la dott.ssa Valeria Ianniello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

L'odierna ricorrente – che dichiara di essere comproprietaria di due immobili siti nel complesso residenziale della [omissis] e di gestire, all'interno del medesimo complesso, un'attività di casa per vacanze per conto della [omissis], fronte alla strada vicinale a uso pubblico denominata “[omissis]”, di cui pure è comproprietaria – agisce contro il Comune di Massa Lubrense per l'accertamento, ai sensi degli articoli 31 e 117 del codice del processo amministrativo, dell'illegittimità del silenzio dallo stesso serbato in ordine alla diffida, acquisita al protocollo comunale n. [omissis], avente a oggetto la costituzione del consorzio di cui all'articolo 14 della legge n. 126 del 1958 e del decreto-legge luogotenenziale n. 1446 del 1918, convertito in legge n. 473 del 1925, e per la condanna del Comune – ai sensi degli articoli 31, comma 3, e 34, comma 1, del codice del processo amministrativo – all'emanazione di tutti gli atti necessari alla costituzione del consorzio per la manutenzione e sistemazione della strada vicinale ad uso pubblico “[omissis]”.

Giova precisare che l'azione della ricorrente, in quanto proposta avverso il silenzio dell'Amministrazione, non può che essere intesa quale domanda di condanna del Comune allo svolgimento dell'attività provvedimentale dallo stesso dovuta (non essendo azionabili in questa sede posizioni aventi natura sostanziale di diritti; cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 6606 del 2022).

Ciò premesso, il ricorso è fondato e dev'essere accolto nei sensi di seguito indicati.

L'articolo 3 del decreto-legge luogotenenziale n. 1446 del 1918, convertito in legge n. 473 del 1925, prevede che:

“Il Comune è tenuto a concorrere nella spesa di manutenzione, sistemazione e ricostruzione delle strade vicinali soggette al pubblico transito in misura variabile da un quinto sino alla metà della spesa, secondo la diversa importanza delle strade.

Per le vicinali non soggette ad uso pubblico il concorso del Comune è facoltativo; e può essere concesso soltanto per opere di sistemazione o ricostruzione, in misura non eccedente il quinto della spesa.

Il Comune è rappresentato nei Consorzi con voto proporzionale alla misura del concorso”.

La successiva legge n. 126 del 1958, recante *Disposizioni per la classificazione e la sistemazione delle strade di uso pubblico*, all'articolo 14 (mantenuto in vigore dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 179 del 2009) prevede che:

“La costituzione dei consorzi previsti dal decreto legislativo luogotenenziale 1° settembre 1918, n. 1446, per la manutenzione, sistemazione e ricostruzione delle strade vicinali di uso pubblico, anche se rientranti nei comprensori di bonifica, è obbligatoria.

In assenza di iniziativa da parte degli utenti o del Comune, alla costituzione del consorzio provvede di ufficio il prefetto”.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato che:

“Il D.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, al primo comma dell'articolo 1, ha disposto che "Ai fini e per gli effetti dell'articolo 14, commi 14, 14-bis e 14-ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246, e successive modificazioni, nell'Allegato 1 del presente decreto legislativo sono individuate le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali è indispensabile la permanenza in vigore".

Ha altresì disposto, al secondo comma dello stesso articolo, che "Sono sottratte all'effetto abrogativo di cui all'articolo 2 del decreto-legge 22 dicembre 2008, n. 200, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2009, n. 9, le disposizioni indicate nell'Allegato 2 al presente decreto legislativo, che permangono in vigore anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 14, commi 14, 14-bis e 14-ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246, e successive modificazioni".

Poiché tale decreto ha inserito il D.l.lgt. n. 1446/1918 nell'Allegato 2 (tra gli atti che sono salvati dall'elenco delle abrogazioni di cui al d.l. 22 dicembre 2008, n. 200) e la relativa legge di conversione nell'Allegato 1 (tra gli normativi statali, pubblicati anteriormente al 1° gennaio 1970, di cui è indispensabile la permanenza in vigore), esso costituisce manifestazione della volontà legislativa di ritenerne applicabili le disposizioni senza soluzione di continuità.

Merita, infatti, piena condivisione quanto già osservato in giurisprudenza sul fatto che nell'art. 1 del D.Lgs. n. 179/2009 per "permanenza in vigore" s'intende che restano in vigore le disposizioni legislative statali, indicate negli Allegati 1 e 2, nel testo vigente alla data di entrata in vigore dello stesso decreto legislativo, in base agli atti normativi che le hanno introdotte a suo tempo nell'ordinamento e alle eventuali successive modificazioni anteriori alla stessa data, con l'esito di determinare un effetto ripristinatorio o di riviviscenza anche di norme già abrogate per incompatibilità: "E' un esito questo che non potrebbe contestarsi adducendo una perdurante incompatibilità tra la più antica di disposizione ... e la nuova ..., avendo il legislatore successivamente ripristinato la prima, con l'implicita (ma non per questo non chiara) volontà di ritenerla applicabile senza soluzione di continuità (come risulta anche dalle parole 'restano in vigore' usate nel D.Lgs. n. 179 del 2009). Il fenomeno del ripristino delle norme abrogate non è sconosciuto all'ordinamento, tanto che 'sia la giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, sia la scienza giuridica ammettono il ripristino di norme abrogate per via legislativa (...) come fatto eccezionale e quando ciò sia disposto in modo espresso' (Corte Cost. n. 13 del 2012), come è avvenuto nella fattispecie in esame" (Cass., sez. I, ord., 11 giugno 2020, n. 11266, con riferimento all'abrogazione dell'articolo 4 della legge 7 febbraio 1961, n. 59, per incompatibilità col Codice della strada del 1992).

Per altro verso, da un'analisi delle norme non emerge un'irrisolvibile contraddittorietà tra le disposizioni di cui si discute, potendosi interpretare il loro combinato disposto nel senso che il rilascio delle autorizzazioni e delle concessioni che spetta al Comune nel caso delle strade vicinali (purché soggette ad uso pubblico: Cass., sez. I, 8 ottobre 1997, n. 9755), ex art. 14 del Nuovo codice della strada del 1992 (come già dell'art. 12 del T.U. n. 393 del 1959) richiede anche la preventiva autorizzazione del Consorzio, se ed in quanto costituito, in modo da sommare gli assensi sia dell'ente locale esponenziale degli interessi collegati all'uso pubblico della strada, sia del soggetto esponenziale degli utenti che eventualmente se ne siano assunti, in forma consortile, gli oneri di manutenzione, sistemazione e ricostruzione” (Consiglio di Stato, sezione II, sentenza n. 87 del 2021).

La destinazione all'uso pubblico della strada oggetto della presente controversia emerge:

1) dalla deliberazione di Giunta comunale n. 67 del 18 giugno 2013, nella quale si legge che:

- *“l'intervento richiesto [l'installazione di una barriera automatica all'imbocco della strada [omissis]] avrebbe altresì l'effetto di interdire il collegamento tra la provinciale per Sorrento e il litorale di S. Montano, finora assicurato per mezzo del pubblico transito su detta strada privata”;*

- *“la strada rotabile privata S. Montano ha l'ineludibile funzione di raccordare due aree demaniali, atteso che essa collega la strada provinciale Sorrento - Massalubrense con il litorale ed arenile di S. Montano, altrimenti non raggiungibile, almeno in quel tratto di costa”;*

- *“anche nel prosieguo e fino al corrente anno 2013, il transito lungo tutta la strada privata in questione è rimasto libero ed incontrastato, ed anzi vi è sempre stato e vi è tuttora un rilevante e diffuso interesse della collettività locale a che tale rimanga e venga preservato nel tempo”;*

- *“dalla ... ordinanza sindacale n. 381, prot. n. 13854/14190 del 1990, mai annullata, revocata, né disapplicata (ed anzi confermata e rafforzata dalla ... sentenza [n. 370] del 1997 [del Tribunale di Torre Annunziata], di rigetto dell'azione negatoria di servitù, esperita ... dalla Società dei condomini) risulta testualmente che la strada privata rotabile S. Montano era oggetto, già a quella data, di "libero ed indisturbato godimento ... da oltre un trentennio ... da parte di tutta la cittadinanza” e che “la strada in questione è interessata da attività svolte o comunque riferibili a questo Comune, e segnatamente la raccolta dei rifiuti urbani, nonché il diserbamento e la periodica manutenzione del tratto di pedonale comunale ivi inglobato”;*

- *“in relazione a quanto suesposto, appaiono oggettivamente ricorrere, nel caso di specie, le condizioni più volte individuate dalla giurisprudenza (e pluribus: Cassaz. Civ., Sez. II, n. 354 del 10.01.2011; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, n.48 del 9.01.2008; T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, n.1595 del 10.10.2007) per il riconoscimento della natura pubblica di una strada, ed in particolare: a) il passaggio esercitato jure servitutis publicae da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad un gruppo territoriale (i cittadini del comune di Massalubrense); b) la concreta idoneità del bene a soddisfare esigenze di carattere generale, anche per il collegamento con una pubblica via (la strada in oggetto collega il litorale con una strada pubblica); c) un titolo valido a suffragare l'affermazione del diritto di uso pubblico, che può identificarsi anche con la protrazione dell'uso da tempo immemorabile (nel caso di specie l'uso è ininterrotto fin dalla data di realizzazione della strada, nel 1958)”;*

- *“la strada in oggetto appare correttamente qualificabile come "strada vicinale", e cioè "strada privata fuori dei centri abitati ad uso pubblico", secondo la definizione all'uopo fornita dall'art. 3, comma I, n. 52, del D.Lgs. n.285/1992 (Codice della Strada) ed in quanto tale va inserita nell'elenco comunale delle strade vicinali (ferma restando l'efficacia meramente dichiarativa e non costitutiva di tale inclusione, come incidentalmente ribadito, tra le altre, da Cassaz. Civ. Sez. II, n. 23705 del 9.11.2009)”;*

2) dalla determinazione comunale n. 41 del 23 luglio 2013, adottata in esecuzione della predetta delibera n. 67 del 2013 e avente a oggetto *“Aggiornamento dell'elenco delle strade vicinali del Comune di Massa Lubrense con inserimento della strada denominata San Montano”;*

3) dalla deliberazione del Consiglio n. 13 del 2020, con la quale – *“confermato ... che la strada in questione è interessata da attività svolte o comunque riferibili al Comune e segnatamente la raccolta rifiuti urbani, nonché il diserbamento e la periodica manutenzione del tratto di pedonale comunale*

ivi inglobato” – è stata approvata l’inclusione della strada [omissis] nell’elenco delle strade vicinali (peraltro con specifico riferimento al contenzioso poi deciso con la sentenza di questa Sezione n. 5642 del 30 agosto 2021, di rigetto dell’impugnazione del provvedimento comunale prot. n. 125 del 2013 che ha negato l’autorizzazione all’installazione di una sbarra automatica all’accesso del complesso [omissis]);

4) dalla sentenza di questo Tribunale n. 5642 del 2021 (che risulta appellata, ma non sospesa), nella quale si legge che *“a prescindere dall’esatto inquadramento giuridico della situazione che fonda il passaggio pubblico sui tratti della via San Montano che intersecano la via Marcigliano e la via Sirignano (il vecchio sentiero "Piscina"), il Collegio ritiene che la sussistenza della "consolidata e incontrovertibile destinazione all’uso pubblico" della strada privata in questione si debba ricavare dalle ... circostanze [tutte sopra richiamate], allegare dall’Amministrazione comunale a sostegno delle proprie determinazioni e non contrastate efficacemente dai ricorrenti”*.

Deve, pertanto, essere dichiarato l’obbligo del Comune di Massa Lubrense di provvedere sulla diffida della parte ricorrente, mediante l’adozione di tutti gli atti necessari a dare applicazione all’articolo 14 (*Consorti per le strade vicinali di uso pubblico*) della legge n. 126 del 1958, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza.

Non si ritiene necessario nominare, per il caso di persistente inadempienza nel termine indicato, un Commissario *ad acta*, essendo già previsto dalla legge – una volta accertata l’inerzia del Comune – l’intervento sostitutivo del Prefetto territorialmente competente (cfr. T.A.R. Liguria, sezione I, sentenza n. 20 del 2022), cui la parte interessata potrà rivolgersi.

Le spese del presente giudizio possono essere compensate, avendo la ricorrente scelto di percorrere la via giudiziaria anziché attivare i poteri sostitutivi previsti dalla legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto, dispone che il Comune di Massa Lubrense provveda in ordine alla diffida presentata dalla ricorrente e acquisita al protocollo comunale n. [omissis], nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2022 con l’intervento dei magistrati:

Valeria Ianniello, Presidente FF, Estensore

Viviana Lenzi, Consigliere

Cesira Casalanguida, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Valeria Ianniello

IL SEGRETARIO