

Pubblicato il 12/10/2021

N. 06846/2021REG.PROV.COLL.
N. 06153/2020 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 6153 del 2020, proposto da Paolessi Miria in proprio e nella qualità di titolare della ditta individuale Halley Bar, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Marsili, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Pietro Marsili in Roma, via dei Due Macelli, 60, Int. 2;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Siracusa, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

Roma Capitale, Municipio IV, Unità Organizzativa Amministrativa e Affari Generali, non costituita in giudizio;

nei confronti

Condominio Edifici 5-6, largo Nino Franchellucci nn. 63/81 – Roma, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II *ter*, n. 8698/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021 il Cons. Stefano Fantini; nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La sig.ra Paolessi Miria, in qualità di titolare della ditta individuale Halley Bar, ha interposto appello nei confronti della sentenza 24 luglio 2020, n. 8698 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II *ter*, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione dirigenziale in data 26 febbraio 2019, con la quale Roma Capitale ha comunicato la “*decadenza della comunicazione di ampliamento di superficie (prot. n. CE/166061 del 27/10/2018) e conseguente divieto dalla prosecuzione dell’attività di somministrazione di alimenti e bevande limitatamente alla parte abusivamente ampliata in via Edoardo D’Onofrio n. 74*”.

L’appellante esercita l’attività di somministrazione di alimenti e bevande nei locali siti alla via Edoardo D’Onofrio n. 74; con contratto in data 4 ottobre 2013 ha preso in locazione la porzione di marciapiede di proprietà condominiale (di mq. 40,50) ove è allocato un manufatto risalente ai primi anni novanta del secolo decorso, allo scopo di utilizzazione commerciale. Non rinvenendosi il titolo edilizio di tale manufatto, in data 11 gennaio 2018

l'appellante ha depositato la SCIA presso il IV Municipio di Roma Capitale ed in data 18 ottobre la comunicazione di fine lavori; il successivo 27 novembre 2018 ha inoltrato la comunicazione di ampliamento dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande.

In data 4 febbraio 2019 le è stata notificata via pec la comunicazione di avvio del procedimento di divieto della prosecuzione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande nella parte abusivamente ampliata, in quanto il manufatto ricadrebbe in area privata aperta al pubblico transito.

Con il provvedimento gravato è stata dichiarata la decadenza della comunicazione di ampliamento di superficie (prot. n. 166061 del 27 novembre 2018) ma anche ordinata l'immediata rimozione del manufatto installato in esecuzione della SCIA prot. n. 2581/2018, con ordine di cessazione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande limitatamente alla parte ampliata.

2. - Con il ricorso in primo grado la sig.ra Paolessi ha impugnato la determinazione dirigenziale di decadenza della comunicazione di ampliamento, di divieto di prosecuzione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande e di intimazione alla rimozione di ogni manufatto eseguito sull'area privata aperta al pubblico, deducendo la mancata instaurazione del contraddittorio procedimentale e predecisorio, il vizio motivazionale, il difetto di istruttoria, contestando che l'area in questione, di esclusiva proprietà condominiale, possa ritenersi aperta al pubblico transito, con conseguente insuscettibilità della medesima a divenire oggetto di occupazione di suolo pubblico.

3. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso nella considerazione che i lavori eseguiti, seppure conformi alla SCIA di ampliamento dell'attività di somministrazione, sono venuti ad insistere su di un'area la cui natura privata è

pacificamente compatibile con il suo utilizzo come marciapiede, e dunque destinata alla fruibilità collettiva, *uti cives*. L'area soggetta a servitù pubblica di transito pedonale è soggetta al regolamento Consap di cui alla delibera dell'Assemblea capitolina n. 39 del 2014; ne consegue che per poter ampliare l'attività di somministrazione la ricorrente aveva bisogno di una previa concessione di occupazione di suolo pubblico, che, nella fattispecie, è stata richiesta (in data 21 marzo 2019) solo dopo la notifica del provvedimento qui avverso e peraltro l'istanza è stata archiviata (per mancata integrazione documentale) con atto rimasto inoppugnato.

4.- Con il ricorso in appello la sig.ra Paolesi ha criticato la sentenza laddove ha attribuito rilevanza ad una domanda di concessione di occupazione di suolo pubblico, presentata cautelativamente dall'appellante, a fronte di un'area di proprietà privata appartenente al condominio di Largo Nino Franchellucci nn. 61-81 e dell'assenza di qualsivoglia documentazione idonea a provare l'esistenza di una servitù di passaggio pubblico costituita nei modi di legge. In ogni caso, a tutto concedere, per l'appellante, il chiosco non impedisce l'esercizio della servitù di passaggio, rimanendo a disposizione dei pedoni (condominiali e non) ben due aree di transito, e ciò dal 1990 ad oggi.

5. - Si è costituita in resistenza Roma Capitale eccependo l'inammissibilità per genericità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

6. - All'udienza pubblica dell'8 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Va anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello, svolta da Roma Capitale nell'assunto della genericità del ricorso.

Seppure in assenza di un'esplicita articolazione dei motivi in relazione ai singoli capi della sentenza impugnata, e dunque unitariamente (anche in

ragione del tenore della sentenza stessa), l'appellante ha esaminato le questioni giuridiche oggetto del *decisum* di primo grado in relazione anche al profilo dell'assolvimento dell'onere di prova e/o documentazione, e dunque del difetto di motivazione della sentenza, e poi, più specificamente, ha affrontato il tema dell'esistenza del diritto di proprietà condominiale sull'area ed, al contrario, della non configurabilità di una servitù pubblica di passaggio, svolgendo in tale guisa una critica alle ragioni poste a fondamento della sentenza, in conformità con le caratteristiche del giudizio di appello quale *revisio prioris instantiae*, e non già come *novum iudicium*.

2. – Con il primo motivo di critica, incentrato essenzialmente sul difetto di motivazione della sentenza, si afferma l'appartenenza al Condominio di Largo Nino Franchellucci nn. 61-81 dell'area su cui insiste il manufatto, e che il Comune non avrebbe in alcun modo provato l'esistenza della servitù pubblica di passaggio; il primo giudice avrebbe dunque avallato, senza adeguato corredo probatorio a sostegno, l'illegittima pretesa comunale di assoggettare l'area al regime dell'occupazione di suolo pubblico.

Deduce, infatti, l'appellante che Roma Capitale ha richiamato, a dimostrazione della servitù di passaggio, solamente la relazione dell'Unità organizzativa amministrativa e Affari generali-Ufficio pubblici esercizi prot. n. 93317 del 21 giugno 2019, mentre l'assoggettamento a Cosap richiede l'appartenenza dell'area occupata al demanio comunale od al patrimonio indisponibile del Comune, ovvero che essa sia assoggettata a servitù di passaggio pubblico costituita nei modi di legge; nessuno di tali requisiti sarebbe ravvisabile, difettando una destinazione urbanistica, un titolo edilizio, ovvero, ancora, la volontà del proprietario; da parte sua, invece, il Condominio avrebbe dimostrato la sua proprietà esclusiva sull'area occupata dal manufatto, acquistata con atto di acquisto del 16 febbraio 1976, e successivamente

concessa in locazione per uso commerciale.

Con il secondo motivo, che può essere trattato congiuntamente al primo per connessione tematica, in quanto sviluppa un'argomentazione posta in via logicamente gradata, deduce che, anche ad ammettere la sussistenza di una servitù di passaggio, la medesima non precluderebbe un uso del fondo da parte del proprietario compatibile con la stessa, precisando come nella fattispecie il chiosco consenta il passaggio; a disposizione dei pedoni, condomini e non, rimarrebbero infatti, secondo un assetto risalente al 1990, due comode aree di transito, l'una insistente tra il bar Halley ed il manufatto e l'altra insistente tra il manufatto e la contigua strada condominiale di via Edoardo D'Onofrio. Allega ancora l'appellante che la SCIA presentata era finalizzata solamente a sopperire ad una mancanza documentale (di titolo edilizio concernente il manufatto) ascrivibile al Comune, senza alcuna innovazione all'uso dell'area fatta in passato.

I motivi sono fondati.

Occorre in particolare rilevare come la determinazione dirigenziale gravata in primo grado, estranea alla tematica edilizia, fonda l'assunto della sussistenza della servitù di uso pubblico sulla sola relazione degli uffici tecnici comunali (nota prot. n. CE/16194 in data 1 febbraio 2019) ove, all'esito di un sopralluogo del personale incaricato, era detto che *«il manufatto funzionale all'attività di somministrazione di alimenti e bevande sita in via D'Onofrio n. 74 insiste su un'area privata aperta al pubblico transito»*.

Si tratta di un assunto motivazionale inadeguato a sorreggere la decisione, in quanto la costituzione su una strada privata di una servitù di uso pubblico può avvenire o a mezzo della c.d. *dicatio ad patriam*, integrata dal comportamento del proprietario di un bene che metta spontaneamente ed in modo univoco lo stesso a disposizione di una collettività indeterminata di cittadini, producendo

l'effetto istantaneo della costituzione di servitù di uso pubblico, ovvero attraverso l'uso del bene da parte della collettività indifferenziata dei cittadini, protratto per il tempo di maturazione dell'usucapione ventennale. A fronte, dunque, del sedime stradale privato, la prova dell'esistenza di una servitù di uso pubblico non può discendere da semplici presunzioni o dal mero uso pubblico di fatto della strada, ma presuppone un atto pubblico o privato (provvedimento amministrativo, accordo tra amministrazione e privato, testamento) o l'intervento dell'usucapione ventennale a condizione (in questo caso) della idoneità della strada a soddisfare esigenze di carattere pubblico (in termini Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1369; IV, 10 ottobre 2018, n. 5820).

Non appare dunque sostenuta da adeguato corredo motivazionale la statuizione di primo grado che ammette come pacifica la natura privata dell'area (circostanza che peraltro ha trovato conferma anche nel giudizio civile pendente *inter partes* dinanzi al Tribunale di Roma, nelle conclusioni rassegnate dal C.T.U. arch. Gianni Angeloni, versate in atti), affermandone peraltro la compatibilità con il suo utilizzo come marciapiede (destinato alla fruizione pubblica), comportante, come ulteriore corollario, la sottoposizione al regime di concessione per occupazione di suolo pubblico.

In altri termini, non è sufficiente affermare la suscettibilità di utilizzo a marciapiede per dire l'area privata aperta al pubblico transito, occorrendo, per quanto in precedenza osservato, rinvenire il titolo giustificante tale pubblico transito (in tale senso depone anche l'art. 1, comma 2, della delibera capitolina n. 39 del 2014, recante il "*regolamento in materia di occupazione suolo pubblico (OSP) e del canone (COSAP)*", che ne limita l'applicazione alle aree private soggette a servitù di pubblico passaggio "*costituite nei modi e termini di legge*"), nel caso di specie non provato, né dimostrato.

La insussistenza di una servitù di passaggio legittimamente costituita consente anche di superare quel profilo di ambiguità dell'iniziale presentazione della domanda di OSP in data 21 marzo 2019, giustificata dall'appellante in una chiave cautelativa, e poi non coltivata (*melius*, rinunciata), sì da determinare la archiviazione del relativo procedimento.

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Condanna Roma Capitale alla rifusione, in favore dell'appellante, delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi euro cinquemila/00 (5.000,00).

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Federico Di Matteo, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Federico Di Matteo

IL SEGRETARIO