

N. 02064/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03390/2002 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 per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3390 del 2002, proposto da:
Cassinari Aldo, Lombardo Enzo e Giudici Anna Luigia, rappresentati e difesi dall'avv. Fabio Pitton, con domicilio eletto presso Andrea Bordino in Milano 2308af, viale Premuda, 10;

contro

il Comune di Turate, rappresentato e difeso dagli avv. Mirco Rizzoglio, Ruggero Tumbiolo, con domicilio eletto presso Mirco Rizzoglio in Milano, via Nino Bixio 14;

per l'annullamento

del provvedimento n. 13047 datato 5 agosto 2002 del Responsabile del servizio edilizia privata e urbanistica del Comune di Turate, con il quale è stata revocata l'autorizzazione rilasciata ai ricorrenti per la posa in opera di un cancello e si ingiunge ai medesimi la rimozione del manufatto a propria cura e spese.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Turate;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2013 il dott. Angelo De Zotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti sono tutti residenti nel Comune di Turate, in via Libertà (ex Vicolo alle Scuole) al civico numero 17.

La via Libertà, essi espongono, termina in un'area dove un tempo erano ubicati alcuni uffici del Municipio di Turate e che ora, a seguito di trasformazione urbanistica ed edilizia della zona, non sono più presenti in quel luogo: al loro posto vi è, infatti, uno spazio destinato a parcheggio che sovrasta il piano stradale della via Libertà e il cui dislivello è coperto da alcuni gradini che conducono al suddetto piano stradale.

Al culmine dei gradini, delimitanti da un lato lo spazio destinato a parcheggio, dall'altro il cortile privato dei ricorrenti, erano state posizionate alcune fioriere in cemento per impedire che, durante le manovre di parcheggio delle autovetture, queste potessero precipitare nel piano sottostante con gravi conseguenze per persone e cose.

La situazione di fatto, così esposta, viene evidenziata dall'estratto di una mappa allegata al ricorso, nella quale il mappale 7055 individua lo spazio a parcheggio e il mappale 925, il cortile privato dei ricorrenti.

In data 9 ottobre 2001, con apposita istanza gli odierni ricorrenti chiedevano e ottenevano un'autorizzazione per la posa di un cancello delimitante il proprio cortile privato; cancello da posizionarsi alla sommità dei gradini in sostituzione delle vecchie fioriere in cemento, al

duplice scopo di impedire danni alle auto e tutelare la propria privacy.

In data 27 dicembre 2001 il responsabile del servizio urbanistica ed edilizia privata del Comune di Turate rilasciava, infatti, a favore dei ricorrenti, l'autorizzazione numero 201/2001 per la posa del cancello.

A pochi giorni di distanza, in data 10 gennaio 2002, la Giunta Comunale con propria deliberazione numero 2/2002, richiamando l'interesse pubblico della collettività locale, i diritti in capo al Comune nonché l'interesse dei presentatori dell'istanza, sospendeva il provvedimento autorizzativo per 60 giorni, preannunciandone la possibile revoca.

I presupposti della sospensione del provvedimento autorizzativo consistevano: nella ritenuta esistenza di una servitù di uso pubblico del passaggio, presumibilmente risalente all'anno 1906 a favore del Comune; servitù costituita da un passaggio attraverso il varco (in seguito chiuso dalle fioriere) che dallo spazio destinato a parcheggio consentiva di accedere a spazi e immobili pubblici o di servizio pubblico.

Trattasi, infatti, secondo il Comune, di una servitù di passaggio eretta a favore dei cittadini di Turate e da tempo immemorabile utilizzata per poter raggiungere agevolmente prima il municipio e la scuola, ora la biblioteca e la posta; tale passaggio era ed è funzionale all'accesso da parte della collettività dei cittadini di beni pubblici o comunque di edifici sede di pubblici servizi.

I ricorrenti rispondevano all'amministrazione comunale con nota del 18 gennaio 2002, nella quale prendevano atto del preavviso di revoca dell'autorizzazione senza tuttavia riconoscerne le ragioni e prospettandone il conseguente danno per essere già intervenuta la costruzione del cancello, pur se quest'ultimo restava ancora da posizionare.

Nel merito i ricorrenti contestavano che l'atto del 1906 costituisse una

servitù di passo favore del Comune e ribadivano che ove mai fosse esistito tale diritto, esso doveva ritenersi rinunciato in seguito al mancato uso ultraventennale.

In mancanza di provvedimento di revoca dell'autorizzazione n. 201/2001 alla posa del cancello e a seguito dell'adozione del provvedimento di demolizione, i ricorrenti sono insorti e ne chiedono l'annullamento, con vittoria di spese, per i seguenti motivi di diritto.

1) eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, illogicità manifesta, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti e della motivazione.

2) violazione e falsa applicazione della legge in relazione al combinato disposto degli articoli 1058 e 1073 del codice civile.

3) violazione e falsa applicazione di legge in relazione al combinato disposto degli articoli 7, 8 e 10 della legge 241/1990 e dell'articolo 107 del d. lgs. 267/2000.

4) violazione e falsa applicazione di legge in relazione al disposto dell'articolo 3 della legge 241/1990, sotto il duplice profilo del difetto di motivazione e dell'indicazione delle autorità alle quali è possibile ricorrere.

Il Comune di Turate resiste al ricorso e ne chiede la reiezione con vittoria di spese.

Alla pubblica udienza del 27 giugno, previa audizione dei difensori delle parti il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va respinto per le ragioni che seguono.

1.1 Con il primo motivo i ricorrenti sostengono che il provvedimento impugnato è viziato sotto molteplici profili, in quanto fondato esclusivamente sulle motivazioni, richiamate per relationem, contenute nella delibera della G.M. 2/2002.

Più precisamente, secondo i ricorrenti, l'atto impugnato sarebbe viziato da difetto di istruttoria e di motivazione, giacché le determinazioni in esso enunciate si baserebbero su motivazioni espresse da organo incompetente.

Il motivo è infondato.

1.2. Occorre premettere, innanzitutto, che la determinazione impugnata non è stata assunta dalla Giunta municipale ma dal dirigente responsabile del servizio edilizia privata e urbanistica del Comune di Turate, il quale ha effettivamente ripreso i contenuti della delibera di Giunta n. 2/2002, così come di molti altri atti e documenti del procedimento.

Tuttavia la circostanza che nel provvedimento siano stati ripresi e fatti propri i contenuti degli atti in esso menzionati, tra cui la delibera della G.M. 2/2002 è irrilevante, nel senso che non costituisce motivo di illegittimità, poiché, come è noto, il contenuto decisorio dei provvedimenti amministrativi e il loro supporto motivazionale può derivare, per relationem, da qualsiasi fonte, purché sia chiaro dall'atto che l'autore del provvedimento ha inserito e fatto propri tali contenuti - sia come elementi di fatto che di diritto - a sostegno della propria determinazione.

E nella specie il dirigente responsabile del servizio, altro non ha fatto se non richiamare, nelle premesse, come sopra spiegato, il contenuto delle motivazioni espresse nella delibera di Giunta ivi citata (delibera n. 2/2002) - che oltre a disporre la sospensione dell'autorizzazione conteneva un preavviso di provvedimento di revoca dell'autorizzazione per cui è causa - facendole proprie in un atto dal contenuto chiaro e compiutamente motivato.

Ne consegue, come anticipato, che il provvedimento impugnato non è

inficiato da alcuno dei vizi di carenza di istruttoria e di motivazione dedotti nel motivo, essendo irrilevante la circostanza che la G.M. fosse competente, o meno, ad adottare il provvedimento, posto che, anche qui come già chiarito, non ne era l'autrice.

1.2. Quanto alla dedotta illogicità del provvedimento, per contrasto tra l'affermazione contenuta nell'autorizzazione sulla "conformità alle vigenti norme" e la sua successiva revoca è evidente che anche tale pretesa illogicità non sussiste, trattandosi di atto di autotutela giustificato da una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico (rispetto all'autorizzazione assentita) che è legittima o meno nella misura in cui la pretesa sostanziale dei ricorrenti (di chiudere il varco) venga riconosciuta fondata ovvero disconosciuta: in sostanza l'atto impugnato è legittimo se sarà dimostrato che il controverso accesso era oggetto di una servitù pubblica di passo, e dunque che il ripensamento dell'amministrazione, nella forma di revoca o di annullamento dell'autorizzazione assentita, è legittimo perché giustificato dalla sussistenza della detta servitù e dalla tutela di tale diritto contro l'iniziativa del privato, volta a farne cessare l'esercizio ai cittadini che ne fruivano.

1.3. Quanto all'assunto che l'atto sarebbe privo di motivazione perché, ammessa pure, in ipotesi, l'esistenza della servitù, questa si sarebbe estinta per desuetudine, il Collegio osserva che il motivo è inammissibile e comunque infondato perché l'estinzione della servitù non può essere opposta in forma meramente assertiva ma deve essere provata o in punto di fatto (per il dimostrato venir meno dell'accesso ovvero della sua funzione) o in punto di diritto (dimostrando che essa è venuta meno a seguito di utile esperimento di un'azione negatoria della servitù).

1.4. Quanto alla dedotta inesistenza del diritto di passo per non uso

ultraventennale, va rilevato che quell'eccezione non inerisce alla motivazione del provvedimento ma all'eventuale sussistenza di un diverso presupposto di fatto estraneo al provvedimento (l'estinzione del diritto) che i ricorrenti hanno svolto in altro motivo di ricorso (il secondo) e che sarà quindi deliberato in quella sede.

2. Con il secondo motivo di ricorso viene contestata la violazione degli articoli 1058 e 1073 del codice civile.

Secondo i ricorrenti tali norme sono state violate perché l'atto invocato dall'amministrazione comunale di Turate come atto costitutivo della servitù non presenta le caratteristiche civilistiche per creare il corrispondente diritto e comunque perché " la stessa servitù si sarebbe prescritta per mancato uso ultra ventennale " atteso che da oltre 40 anni l'amministrazione comunale, a seguito della trasformazione urbanistica ed edilizia della zona, non utilizza più quel varco per far accedere gli utenti agli uffici comunali (essi, si sostiene, infatti, utilizzano l'accesso veicolare e pedonale di via del Vittorio, piuttosto che il cortile privato dei ricorrenti, mentre le auto non possono accedere dal varco per il dislivello esistente).

2.1 I motivi citati sono ambedue infondati e in parte inammissibili poiché tutte le questioni legate alla negatoria servitutis sono di competenza dell'AGO e non del giudice amministrativo, ivi compresa la contestazione sull'estinzione per non uso (cfr. C.d.S. sez. 5[^] 14 febbraio 2012 n. 728).

2.2. Il Collegio deve peraltro rilevare che l'atto di compravendita risalente all'anno 1906 appare chiaro nel costituire in favore del Comune di Turate un diritto di passo con accesso dal Vicolo delle Scuole e dalla Corte annessa alla casa colonica di cui al civico n. 44, distinta nel Catasto come segue.

2.3. E questa prova è sufficiente, a giudizio del Collegio, per dimostrare che il diritto di servitù pubblica di passo esiste, quantomeno dal 1906, e che come tale è stato percepito anche dai ricorrenti, i quali, dopo avere collocato come barriera alcune fioriere, per le ragioni specificate nel ricorso, hanno in seguito chiesto l'autorizzazione per l'apposizione del cancello proprio per interdire un passaggio pubblico che certamente esisteva e che, essi sostengono, non essere più tale per sopravvenuta decadenza.

Senonchè il Comune ha dimostrato due circostanze che, a giudizio del Collegio, sono, ai fini del decidere, dirimenti: l'uso ancora attuale del passaggio con la testimonianza di alcuni cittadini che dichiarano di utilizzare (tuttora) la servitù di passo; il fatto che il passaggio sia tuttora funzionale al collegamento tra il parcheggio e alcuni locali pubblici o sede di servizi pubblici (la biblioteca e la scuola comunale).

2.4. A nulla, peraltro, rileva la circostanza che esista altro accesso (più o meno comodo) agli stessi luoghi, perché la comodità di accesso è un fatto soggettivo e comunque irrilevante sulla servitù di passo che consente un ulteriore agevole accesso altrimenti impedito, mentre sulla ritenuta decadenza del diritto per non uso, anche a prescindere da quanto sopra osservato sulla relativa prova, il Collegio ritiene di non avere giurisdizione, trattandosi di questione meramente civilistica che non può essere decisa incidenter tantum ma in via principale con i rimedi del codice civile (id est con l'actio negatoria servitutis).

3. Anche il terzo motivo, con cui i ricorrenti si dolgono della violazione delle regole del contraddittorio, è infondato: infatti, è noto che l'avviso di avvio del procedimento non è necessario nei procedimenti a istanza di parte e in quelli nei quali i privati interessati abbiano avuto modo di interloquire adeguatamente.

3.1 Nella fattispecie, infatti, l'amministrazione ha comunicato ai ricorrenti l'intenzione di procedere d'ufficio a revocare o annullare, previa sospensione, l'autorizzazione in questione e i ricorrenti, come dimostrano gli atti di causa, hanno ampiamente controdedotto su ogni aspetto della questione.

Ragion per cui può dirsi che il contraddittorio è stato ampiamente garantito e soprattutto che ai ricorrenti è stata data notizia della sospensione e della possibile revoca del provvedimento autorizzatorio quando ancora il cancello non era stato installato.

4. Quanto al quarto ed ultimo motivo è giurisprudenza pacifica che la mancata menzione dell'autorità giurisdizionale cui ricorrere costituisce una mera irregolarità a cui si può supplire concedendo eventualmente l'errore scusabile e la remissione in termini.

Nella specie, peraltro, questa particolare esigenza non sussiste perché i ricorrenti si sono rivolti tempestivamente al giudice amministrativo dimostrando che non hanno quindi alcun interesse all'accoglimento del motivo.

In conclusione il ricorso è infondato e va respinto.

5. Le spese di causa possono essere nondimeno compensate tra le parti per ragioni di equità, ravvisabili nell'esercizio, ancorchè legittimo, del potere di autotutela.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 giugno
2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente, Estensore

Giovanni Zucchini, Consigliere

Silvia Cattaneo, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/08/2013

IL SEGRETARIO

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