Pubblicato il 12/05/2020

N. 02992/2020REG.PROV.COLL.

N. 01419/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1419 del 2010, proposto dai signori -OMISSIS-, rappresentati e difesi dall'avvocato Roberto Coppola e domiciliati presso lo studio dell'avvocato Enrico Cecere in Roma, via Amerigo Vespucci, n. 34,

contro

- il Comune di Avellino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesto Pastena, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Raffaele Porpora in Roma, via della Giuliana, n. 74;
- il signor -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Edoardo Gimigliano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Barbieri in Roma, via Tarvisio, n. 1;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione quarta, n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Avellino e del signor -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2019, il consigliere Francesco Frigida e udito per la parte privata appellata l'avvocato Edoardo Gimigliano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I signori -OMISSIS-, titolari di permesso di costruire n. -OMISSIS-e successive varianti per la demolizione e ricostruzione di un fabbricato di loro proprietà in -OMISSIS- hanno proceduto alla completa ricostruzione del fabbricato.

Successivamente, il Comune di Avellino, su segnalazione del signor -OMISSIS-, proprietario di un immobile sito nella stessa traversa, ha avviato un procedimento volto al riesame del permesso di costruire con specifico riferimento alla installazione di paletti posti a delimitazione di due posti auto per portatori -OMISSIS-(per una superficie complessiva di circa due metri di larghezza per circa otto metri di lunghezza), con conseguente restringimento della carreggiata, su di un'area di proprietà privata, ma asseritamente oggetto di servitù di passaggio.

I signori -OMISSIS-hanno rappresentato all'Amministrazione comunale che il progetto di ricostruzione del fabbricato prevedeva la delimitazione, così come era sempre stato in precedenza, di parte della strada privata di loro proprietà per consentire il parcheggio delle autovetture dei portatori -OMISSIS-residenti nel fabbricato in questione ed in altro prospiciente sulla medesima via e che il Tribunale di Avellino aveva respinto l'azione di spoglio proposta dal signor -OMISSIS- in relazione al ripristino dei paletti.

Il Comune di Avellino, con provvedimento dell'ufficio edilizia privata e vigilanza del 28 maggio 2008, n. prot. spec. -OMISSIS-, notificato il 19 giugno 2008, accertata l'effettiva installazione dei paletti (come da rapporto della Polizia municipale del 10 marzo 2008), ha confermato la validità del titolo edilizio tranne che per le opere oggetto della segnalazione, in quanto poste in essere senza alcun titolo abilitativo, e ha ingiunto il ripristino dello stato dei luoghi.

2. Avverso tale provvedimento, i signori -OMISSIS- hanno proposto il ricorso di primo grado n. 4598 del 2008, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli.

Il Comune di Avellino si è costituito nel giudizio di primo grado, resistendo al ricorso.

Il signor -OMISSIS-ha proposto in primo grado atto di intervento *ad opponendum*, rappresentando di essere proprietario di un appartamento sito in via -OMISSIS-, in forza di atto di acquisto per notaio De Feo del 25 novembre 1996, nonché di essere titolare, in forza dello stesso atto, di servitù di passaggio di otto metri, concessa al proprio dante causa dall'atto notarile a rogito del notaio Titomallio del 10 marzo 1962; l'interveniente ha rappresentato inoltre che la strada su cui erano stati apposti i paletti era stata da sempre aperta al pubblico; egli ha chiesto pertanto il rigetto del ricorso.

3. Con l'impugnata sentenza n. -OMISSIS-del 15 gennaio 2010, il T.a.r. per la Campania, sezione quarta, ha respinto il ricorso, con compensazione tra le parti delle spese di lite.

4. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 13/15 febbraio 2010 e in data 22 febbraio 2010 – i signori -OMISSIS- hanno interposto appello avverso la su menzionata sentenza, articolando sette motivi.

5. Il Comune di Avellino e il signor -OMISSIS-si sono costituiti in giudizio, resistendo entrambi al gravame.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 10 dicembre 2019.

7. L'appello è fondato e deve essere accolto alla stregua delle seguenti considerazioni in fatto e in diritto.

8. Tramite il primo motivo di impugnazione gli appellanti hanno sostenuto, in via pregiudiziale, che il T.a.r. avrebbe dovuto dichiarare la cessazione della materia del contendere, siccome il Comune – anche sulla base dell'ordinanza n. -OMISSIS-del 25 novembre 2008 emessa dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare e con cui era stata sospesa l'esecutività del provvedimento comunale del 28 maggio 2008 – ha annullato, con ordinanza n. -OMISSIS- una precedente sanzione amministrativa per occupazione di suolo pubblico, dichiarando espressamente che la strada è da intendersi privata.

Tale motivo è infondato e del tutto correttamente il collegio di primo grado ha affermato che: "*non può darsi atto della cessazione della materia del contendere, dal momento che il Comune di Avellino non ha revocato o annullato l'atto in senso conforme alla pretesa dei ricorrenti*". Ed invero, l'Amministrazione, che peraltro ha resistito formalmente anche in questa sede, ha riconosciuto che la strada per cui è causa è di proprietà privata, ma siffatta statuizione non ha carattere satisfattivo della pretesa degli appellanti, non escludendo affatto che sulla strada – ancorché privata – insista una servitù pubblica, essendo questo il motivo fondante il provvedimento amministrativo impugnato.

9. Con il secondo e il terzo motivo gli appellanti hanno in sostanza contestato la ritenuta sussistenza della servitù di uso pubblico insistente sulla prima traversa di via -OMISSIS-.

Al riguardo va evidenziato che è fatto pacifico che la predetta strada sia privata, dimodoché non sarebbe stata necessaria alcuna autorizzazione. Tuttavia il T.a.r. ha reputato la strada *de qua* "*soggetta da tempo immemore alla servitù di passaggio pubblico*", come risulterebbe "*in modo inequivocabile*" dagli atti dell'Amministrazione; la sussistenza della servitù pubblica di passaggio, però, è controversa tra le parti e si basa soltanto su dichiarazioni apodittiche del Comune di Avellino.

Ciò posto, la verifica dell'esistenza della servitù pubblica di passaggio è chiaramente questione pregiudiziale rispetto alla compatibilità dell'apposizione dei paletti con la servitù. A tal fine va specificato che, in base al generale principio scolpito dall'art. 2697 del codice civile, l'onere della prova di questa limitazione del diritto dominicale incombe in capo a chi ne afferma la sussistenza e, quindi, sugli odierni appellati.

Delineato il riparto dell'*onus probandi*, si osserva che, in relazione alla latitudine della prova, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che l'esistenza di un diritto di uso pubblico del bene non può sorgere per meri fatti concludenti, ma presuppone un titolo idoneo a detto scopo. In particolare, laddove, come nel presente giudizio, la proprietà del sedime stradale non appartenga ad un soggetto pubblico, bensì ad un 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 necessariamente presuppone un atto pubblico o privato, quali un provvedimento amministrativo, una convenzione fra proprietario ed Amministrazione o un testamento (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenze 16 ottobre 2017, n. 4791, e 16 febbraio 2017, n. 713). Dunque, affinché una strada privata possa essere considerata di uso pubblico, non basta che essa possa servire da collegamento con una via pubblica e sia adibita al transito di persone diverse dal proprietario.

Ne discende che è inesistente una servitù di uso pubblico su terreni di un privato qualora l'ente territoriale che la vanta non abbia fornito, come nel caso di specie, alcuna prova circa le modalità della sua costituzione. Ed invero, nel provvedimento impugnato il Comune di Avellino si è in

proposito limitato a richiamare la relazione della Polizia municipale del 10 marzo 2008, in cui l'agente redattore ha affermato, a titolo di opinione e senza fornire alcuna concreta dimostrazione in merito, che "*La stradina interessata risulta ancora di proprietà privata e sulla stessa a modesto parere dello scrivente, poiché non è stata mai recintata o interdetta al pubblico, si è ormai consolidata una servitù pubblica*". Segnatamente non è stato individuato il titolo fondante la servitù pubblica, che, come sopra chiarito, la giurisprudenza amministrativa considera indispensabile per la positiva prova dell'esistenza di questo diritto reale limitato di rilevanza pubblicistica.

Tanto premesso, essendo la strada (prima traversa di via -OMISSIS-) pacificamente privata e non essendo stata provata l'esistenza di una servitù di transito di uso pubblico, l'installazione dei paletti che restringono la carreggiata, senza peraltro impedire totalmente il transito di persone e autoveicoli, non necessita di autorizzazione del Comune e non può considerarsi nel caso di specie abusiva, sicché il provvedimento repressivo dell'Amministrazione è illegittimo.

9.1. Va peraltro sottolineato che la circostanza, prospettata dal signor -OMISSIS- nell'atto di intervento in primo grado, per cui sussisterebbe in suo favore una servitù di passaggio di otto metri, compressa dall'installazione dei paletti, è stata reputata dal collegio di primo grado "*questione attinente a diritti soggettivi tra privati cittadini, come tale proponibile dinnanzi al giudice ordinario*" e non è stata espressamente riproposta in questa sede, con consequenziale formazione di giudicato interno sul punto. In ogni caso, il Collegio rileva che siffatto tema di carattere prettamente privatistico esula dall'oggetto del presente giudizio volto a sindacare la legittimità del provvedimento repressivo dell'Amministrazione e comunque non sarebbe in alcun modo vagliabile dal giudice amministrativo, rientrando con tutta evidenza nell'alveo dell'autorità giudiziaria ordinaria.

10. All'accoglimento del secondo e del terzo motivo consegue l'assorbimento di ogni ulteriore censura svolta nell'atto di gravame, compresa quella con cui si è contestata la legittimazione attiva e l'interesse all'intervento del signor -OMISSIS-.

11. In conclusione l'appello deve essere accolto e, pertanto, in totale riforma della sentenza impugnata, va annullato il provvedimento del Comune di Avellino, ufficio edilizia privata e vigilanza, del 28 maggio 2008, n. prot. spec. -OMISSIS-.

12. La peculiarità della vicenda e particolarità degli interessi oggetto del contendere giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione seconda, definitivamente pronunciando sull'appello n. 1419 del 2010, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in totale riforma della sentenza impugnata, annulla il provvedimento del Comune di Avellino, ufficio edilizia privata e vigilanza, del 28 maggio 2008, n. prot. spec. -OMISSIS-; compensa tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all'articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento U.E. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'articolo 2-*septies* del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento,

all’oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2019, con l’intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Francesco Frigida	Raffaele Greco

IL SEGRETARIO