

Pubblicato il 14/02/2017

N. 00625/2017REG.PROV.COLL.

N. 00129/2016 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 129 del 2016, proposto da:  
signora Paola Comastri, rappresentata e difesa dagli avv.ti Benedetto Graziosi e  
Giacomo Graziosi, ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Cosseria n. 2,  
presso lo studio del dott. Alfredo Placidi, per mandato a margine dell'appello;

***contro***

Comune di Casalecchio di Reno, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e  
difeso dall'avv. Angelo Clarizia, e presso lo studio di questi elettivamente domiciliato  
in Roma, alla via Principessa Clotilde n. 2, per mandato a margine dell'atto di  
costituzione nel giudizio d'appello;

***nei confronti di***

signor Stefano Comastri, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Gualandi, ed  
elettivamente domiciliato in Roma, alla via Cosseria n. 2, presso lo studio Placidi,  
per mandato a margine della memoria di costituzione nel giudizio d'appello;

### *per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, sezione feriale unica, n. 882 del 12 ottobre 2015, resa tra le parti, con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso n.r. 381/2015 e sono stati rigettati i motivi aggiunti, proposti nel medesimo giudizio, per la declaratoria dell'obbligo dell'amministrazione comunale di procedere all'annullamento in autotutela della s.c.i.a. del 7 luglio 2014 e relativa variante del 16 ottobre 2014, con condanna alle spese del giudizio

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casalecchio di Reno e di Stefano Comastri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2016 il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avv. Giacomo Graziosi per l'appellante Paola Comastri, l'avv. Clarizia per il Comune di Casalecchio di Reno e l'avv. Federico Gualandi per l'appellato Stefano Comastri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.) Paola Comastri è proprietaria di un edificio residenziale ubicato in Casalecchio di Reno, alla via Anna Frank n. 18, su suolo distinto in catasto a foglio 6 mappali n. 23 e 1110.

1.1) Con atto notarile del 24 ottobre 2010, trascritto il 24 novembre 2010, la signora Comastri, in permuta rispetto all'acquisto di porzione di fabbricato ubicato in Bologna, ha ceduto al fratello Stefano Comastri suolo confinante con quello innanzi indicato, distinto in catasto a foglio 6 mappali 1108 e 1109, sul quale quest'ultimo

ha successivamente costruito un proprio edificio residenziale, in virtù del permesso di costruire n. 1/2008 richiesto e rilasciato a suo tempo alla sorella.

1.2) Con lo stesso atto (clausola n. 4) Paola Comastri si è riservata servitù di passaggio pedonale e carrabile a favore del fabbricato indicato sub 1.) “...per la larghezza di metri tre attraverso la strada già esistente e la striscia di terreno del mappale 1109, nella zona che a seguito della costruzione del nuovo fabbricato del Signor Comastri Stefano verrà adibita a passaggio”.

1.3) I due fratelli hanno poi presentato, a firma congiunta, una denuncia di inizio di attività (in acronimo e d’ora innanzi: d.i.a.) in data 25 maggio 2011, che prevedeva la sistemazione della particella n. 1109 ivi compreso il tracciato della servitù (denominata “percorso romantico”) con inizio dalla via pubblica e termine all’edificio della signora Paola Comastri.

1.4) La signora Comastri ha quindi provveduto all’avvio dei lavori per la realizzazione del tracciato della servitù, che sono stati però sospesi, con successivo sequestro preventivo penale, perché interferivano con vincoli (forestale e idrogeologico) in assenza di autorizzazione, poi conseguita.

1.3) Con nota del 23 dicembre 2013 il signor Stefano Comastri dichiarava che non intendeva dare corso ai lavori di cui alla d.i.a., e quindi avviava giudizio civile ex art. 702 *bis* c.p.c. per *negatoria servitutis*, esitato con provvedimento negativo del Tribunale di Bologna del 17 settembre – 2 ottobre 2014.

1.4) Con segnalazione certificata di inizio attività (in acronimo e d’ora innanzi: s.c.i.a.) in data 4 luglio e successiva variante del 16 ottobre 2014, il signor Stefano Comastri ha dichiarato l’avvio dei lavori di realizzazione di una scala di collegamento in muratura che occupa in parte il sedime del c.d. percorso romantico.

2.) La signora Comastri, dopo aver inoltrato un esposto al Comune in data 4 settembre 2014, con il ricorso in primo grado ha chiesto l’accertamento dell’illegittimità della s.c.i.a., e in corso di giudizio, dopo la presentazione di rituale

istanza di annullamento in autotutela della s.c.i.a., ha proposto motivi aggiunti per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio-rifiuto *medio-tempore* formatosi.

2.1) Con la sentenza gravata il T.A.R. ha:

a) dichiarato inammissibile il ricorso originario, sul rilievo che il generico esposto a suo tempo presentato non integrava un'istanza di autotutela in senso proprio ex art. 19, co. 6-*ter*, l. n. 241 del 1990;

b) ha rigettato la domanda proposta con i motivi aggiunti avverso il silenzio inadempimento formatosi sull'istanza specifica del 7 maggio 2015, ritenendo:

b.1) insussistente un obbligo di annullamento in autotutela in funzione della pretesa alla tutela della servitù;

b.2) comunque assicurato l'esercizio della servitù perché la s.c.i.a. prevede la installazione di un cancello di accesso della larghezza indicata nell'atto notarile, e non avendo il provvedimento giudiziario civile riconosciuto altro se non la servitù ivi configurata.

3.) Con l'appello in epigrafe (sostenuto da quattro autonomi motivi, pagine da 15 a 31 del ricorso), sono stati impugnati entrambi i capi della sentenza, sostenendosi in sintesi che:

a) l'esposto presentato al Comune di Casalecchio doveva essere in ogni caso qualificato come sollecitazione ex art. 19 comma 6 -*ter* della legge n. 241/1990; il Comune ha in riscontro comunque richiesto e acquisito copia del rogito notarile e del provvedimento del giudice civile;

b) se si ritenesse che il terzo debba formulare specifica istanza di annullamento in autotutela della s.c.i.a., previo accesso, e relativa piena conoscenza degli atti, la tutela delle sue ragioni sarebbe depotenziata se non vanificata; diversamente si porrebbe problema di costituzionalità dell'art. 19 comma 6 *ter* della legge n. 241/1990 nella parte in cui non consente al terzo di proporre "...fin dalla data di presentazione di

tali titoli... una azione di accertamento e condanna ad emettere i provvedimenti di tutela”;

c) proprio in funzione dell’acquisita conoscenza della servitù, incombeva al Comune l’obbligo di annullare in autotutela la s.c.i.a., tenuto conto che la d.i.a. -che aveva specificato i modi di esercizio della servitù mediante il c.d. percorso romantico- non poteva essere ritirata da uno solo dei presentatori, e che il provvedimento del giudice civile ha riconosciuto tale percorso romantico come specificazione del modo di esercizio della servitù;

d) era stato violato il contenuto del giudicato formatosi sulla menzionata sentenza del Tribunale civile di Bologna.

3.1) Nel giudizio si è costituito il Comune di Casalecchio di Reno, che con memoria difensiva depositata l’8 novembre 2016 ha dedotto l’inammissibilità e infondatezza dell’appello, la prima quanto al capo della sentenza concernente l’originario ricorso, la seconda in riferimento ai motivi aggiunti rigettati del giudice amministrativo emiliano.

3.2) A sua volta Stefano Comastri, con memoria di costituzione depositata il 28 gennaio 2016, ha dedotto rilievi consimili, evidenziando in particolare come il tracciato del c.d. percorso romantico non era realizzabile *ex jure* per esistenza di vincolo idrogeologico (relativo alla distanza inferiore a quella del corso d’acqua Rio San Luca e in area forestale) e che per le opere avviate l’appellante è sottoposta a indagini penali con richiesta di rinvio a giudizio.

3.3) A tali rilievi ha contro dedotto l’appellante Paola Comastri con memoria difensiva depositata l’8 novembre 2016, evidenziando l’irrilevanza del procedimento penale, e insistendo sulle dedotte censure.

3.4) Dopo il deposito di memorie di replica, nella camera di consiglio del 24 novembre 2016 l’appello è stato discusso e riservato per la decisione.

4.) L'appello in epigrafe è destituito di fondamento giuridico e deve essere rigettato, con la conferma della sentenza gravata.

Preliminarmente il Collegio evidenzia l'inammissibilità, per violazione del dovere di specificità dei motivi sancito dall'art. 101 c.p.a., della mera riproposizione di tutte le censure sviluppate in primo grado effettuata dalla parte appellante con il quinto motivo di gravame (da pagina 31 a pagina 35 del ricorso).

4.1) L'art. 19 comma 6 *ter* della legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dall'art. 6 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148, dispone che:

“La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all' art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”.

4.1.1) Tale soluzione normativa ha composto, in via definitiva, il contrasto interpretativo sulla natura attizia della d.i.a. e della s.c.i.a. che, come noto, secondo un indirizzo prevalente (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1474 e 25 novembre 2008 n. 5811, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550; n. 5811; vedi anche Sez. II, 28.5.2010, parere n. 1990) era stato qualificato come provvedimento tacito e secondo altro minoritario (Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717) come mero atto privato abilitante all'esercizio dell'attività salvo il potere dell'amministrazione di vietarne lo svolgimento e ordinare l'eliminazione degli effetti prodotti entro ragionevole lasso di tempo, valutati gli interessi in conflitto e sussistendo ragioni di interesse pubblico.

4.1.2) Quest'ultimo indirizzo identificava la tutela giurisdizionale del terzo in una azione di accertamento autonomo in ordine all'insussistenza dei presupposti legittimanti l'attività.

4.1.3) A tale prospettiva ermeneutica aveva acceduto poi l'Adunanza Plenaria, con la nota sentenza n. 15 del 29 luglio 2011, salva la ricostruzione del contenuto della tutela giurisdizionale in termini impugnatori, essenzialmente attraverso la *fictio* del provvedimento tacito negativo in ordine all'esercizio del potere inibitorio.

4.1.4) La disposizione ha dunque ricondotto la tutela del terzo all'impugnativa delle eventuali determinazioni negative assunte dall'Amministrazione o in caso d'inerzia all'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione.

4.1.5.) Orbene, è evidente che la segnalazione ex art. 19 comma 6 *ter* deve contenere elementi minimali di identificazione e qualificazione dell'attività della quale si chiede la verifica, in assenza dei quali l'Amministrazione non soltanto non è obbligata ma non dispone neppure degli elementi conoscitivi essenziali per svolgere le proprie verifiche e emanare un provvedimento.

4.1.6.) Nel caso di specie, secondo quanto correttamente osservato dal giudice amministrativo emiliano, la signora Comastri ha indirizzato al Comune un foglio manoscritto con cui si chiede, in modo generico, “...di valutare con estrema attenzione gli eventuali titoli edilizi o richieste presentati da Stefano Comastri (mappali 1108-1109)...che possono essere ostativi alla realizzazione della servitù medesima...”.

4.1.7.) La stessa interessata, evidentemente persuasa dell'inidoneità di tale segnalazione e quindi dell'inammissibilità del ricorso proposto, ha poi formulato specifica istanza intesa all'adozione di provvedimenti repressivi dell'attività oggetto della s.c.i.a., provvedendo a censurare, con i motivi aggiunti, il silenzio serbato dall'Amministrazione.

4.1.8.) In difetto di elementi conoscitivi essenziali, e quindi dell'inidoneità della segnalazione a fondare l'obbligo dell'Amministrazione ad avviare le opportune verifiche sulla legittimità dell'attività edilizia, nessun rilievo può assumere la circostanza che sia stata prodotta in seguito, e a chiarimento, documentazione relativa alla servitù (rogito notarile e provvedimento del giudice civile).

4.2.) Non ha pregio il secondo mezzo di gravame nella parte in cui solleva la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 19, co. 6-ter, cit., in relazione agli artt. 24, 103 e 113 Cost., attesa la sua manifesta infondatezza.

Sul punto è sufficiente fare leva sui principi ed argomenti sviluppati dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost., n. 49 del 2016; n. 121 del 2014; n. 64 del 2013; n. 171 del 2012), sotto il duplice profilo che la semplificazione dell'azione amministrativa costituisce non solo un LEA ex art. 117, lett. m), Cost., ma anche un principio fondamentale di derivazione europea declinabile dallo Stato secondo ampi margini di discrezionalità che hanno consentito, nel caso di specie, di bilanciare e graduare valori contrapposti attraverso una soluzione che, in realtà, attiene ad una semplice modalità di accesso alla tutela giurisdizionale, che non la sacrifica in modo apprezzabile.

4.3. Miglior sorte non tocca al terzo motivo di appello inteso a stigmatizzare l'illegittimità dell'inerzia dell'Amministrazione che non avrebbe effettuato i dovuti riscontri .

4.3.1.) L'art. 19 comma 4, decorso il termine di cui al comma 3 e 6 bis (quest'ultimo riferito in modo specifico alla s.c.i.a. edilizia) consente all'Amministrazione di adottare i provvedimenti di cui al comma 3 (divieto di prosecuzione dell'attività e rimozione degli eventuali effetti dannosi) "...in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies", e quindi "sussistendone le ragioni di interesse pubblico", entro termine ragionevole (ora determinato *ex lege* in diciotto mesi secondo la novella di cui dall'articolo 6, comma 1, lettera d), numero 1) della legge 7 agosto 2015, n. 124) e "...tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati".

4.3.2.) Il potere di autotutela repressiva deve sempre però ricondursi all'esistenza di profili d'illegittimità dell'attività, e quindi di contrasto con leggi, regolamenti, piani, programmi e regolamenti edilizi, non potendo raccordarsi, al contrario, a diritti di

terzi non riconducibili a quelli connessi con interessi di natura pubblicistica, quali ad esempio il rispetto delle distanze dai confini di proprietà o del distacco dagli edifici.

4.3.3.) Nel caso di specie il supposto vizio di legittimità si ricollega ad una posizione (*jura in re aliena*) che ha il proprio titolo in un atto di natura negoziale, e quindi alla lesione di un diritto soggettivo che può assumere rilievo esclusivo nei rapporti privati, e trova la sua sede naturale di tutela nelle azioni esplicabili dinanzi all'A.G.O. a tutela della rivendicata servitù.

4.3.4.) Peraltro, come pure osservato dal giudice amministrativo emiliano, nel caso di specie appare comunque assicurato l'esercizio della servitù perché la s.c.i.a. prevede la installazione di un cancello di accesso della larghezza indicata nell'atto notarile e perché il provvedimento giudiziario civile nel rigettare l'*actio negatoria servitutis* ha fatto riferimento alla servitù come ivi configurata.

4.3.5.) In ogni caso non potrebbe l'amministrazione prima e il giudice amministrativo poi, *incidenter tantum*, in occasione del controllo sul mancato esercizio dei poteri repressivi, accertare le modalità di esercizio della servitù nei termini rivendicati dall'appellante sia pure con il richiamo alla d.i.a. e agli elaborati grafici a essa allegati.

4.3.6.) E' evidente infatti che tale accertamento non avrebbe carattere incidentale, dovendo stabilire in modo diretto e puntuale le modalità di esercizio della servitù, e quindi esulando dalla sfera di cognizione giurisdizionale amministrativa e, ancor prima, dall'ambito dei poteri di controllo esercitabili dall'ente locale sulla assenza di ostacoli negoziali d'indole civilistica al rilascio del titolo e sulla legittimazione attiva del richiedente il titolo medesimo, titolo, si badi, rilasciato sempre con salvezza dei diritti dei terzi; sul punto è sufficiente rinviare ai principi espressi dalla consolidata giurisprudenza (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, n. 3823 del 2016; 2116 del 2016; Sez. V, n. 5894 del 2011).

4.4. Parimenti infondato è il quarto mezzo di gravame.

Dalla lettura del giudicato civile (ma anche dell'atto di permuta), infatti, non si ricava in alcun modo che sia stato cristallizzato alcun tracciato in vista dell'esercizio della servitù di passaggio.

5.) In conclusione l'appello in epigrafe deve essere rigettato, avendo il Collegio esaminato e toccato tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663), laddove gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a condurre a una conclusione di segno diverso.

6.) Il regolamento delle spese processuali in favore del Comune di Casalecchio di Reno segue la soccombenza, mentre sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti private appellante e appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 129 del 2016, come in epigrafe proposto, così provvede:

- 1) rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, sezione feriale unica, n. 882 del 12 ottobre 2015;
- 2) condanna l'appellante Paola Comastri al pagamento, in favore dell'appellato Comune di Casalecchio di Reno, in persona del Sindaco in carica, delle spese del giudizio d'appello, liquidate in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali);
- 3) dichiara compensate per intero le spese del giudizio d'appello tra l'appellante Paola Comastri e l'appellato Stefano Comastri.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Andrea Migliozi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Leonardo Spagnoletti**

**IL PRESIDENTE**  
**Vito Poli**

**IL SEGRETARIO**