**N. 01025/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 01627/2011 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1627 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Michele Nardella, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Fiorentino, con domicilio eletto presso l’avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

*contro*

Comune di Peschici, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Follieri, con domicilio eletto presso l’avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

*per l'annullamento*

- dell’ordinanza n. 46 del 10 agosto 2011 a firma del Dirigente del II Settore, arch. Elio Aimola, del Comune di Peschici, con la quale veniva ordinato al sig. Michele Nardella, nella sua qualità di amministratore del condominio Valle Scinni, denominato “Villaggio Solemar”, di rimuovere, entro tre giorni dalla ricezione della medesima ordinanza, “la sbarra con relativo impianto abusivamente posta in opera presso la strada principale di accesso al più volta richiamato Villaggio Solemar, con consequenziale ripristino della interclusa viabilità”, nonché ogni altro provvedimento ad esso connesso, prodromico, coevo e conseguenziale, ancorché non conosciuto, ivi compresa la nota prot. n. 5394 del 25.7.2011,

con consequenziale risarcimento dei danni;

e sui motivi aggiunti depositati il 15 settembre 2011

per l'annullamento

- dell’ordinanza di demolizione n. 57 del I settembre 2011, a firma del dirigente del Il Settore, arch. Elio Aimola, del Comune di Peschici, con la quale veniva ordinato al sig. Michele Nardella, nella sua qualità di amministratore del condominio Valle Scinni, denominato “Villaggio Solemar”, la demolizione della sbarra con relativo impianto abusivamente posta in opera presso la strada principale di accesso al Villaggio Solemar, con relativa comunicazione “che nei prossimi giorni i manutentori di questo Ente, accompagnati da agenti di P.M., provvederanno alla rimozione della sbarra oggetto della presente ordinanza, la rimozione sarà eseguita a cura del Comune di Peschici ed a spese del responsabile dell’abuso, ai sensi dell’art. 35 del DPR n. 380/2001”, notificata al ricorrente il 7 settembre 2011,

- nonché ogni altro provvedimento ad esso connesso, prodromico, coevo e conseguenziale, ivi compresi gli atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso principale (ordinanza n. 46 del 10.8.2011 e nota prot. n. 5394 del 25.7.2011),

con consequenziale risarcimento dei danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Peschici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2012 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Giovanni Fiorentino ed Enrico Follieri;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. Il signor Michele Nardella, in qualità di amministratore del condominio Valle Scinni, denominato "Villaggio Solemar", riferisce che con permesso di costruire 22 aprile 2005 n. 80 il condominio veniva autorizzato all'installazione di una sbarra mobile per regolare l'accesso al villaggio. Precisa inoltre che tutte le strade di pertinenza del condominio e non sono aperte al pubblico transito non hanno collegamento con altre vie comunali e che tutti gli oneri di realizzazione e di manutenzione sono stati e continuano ad essere a carico dei proprietari.

Impugna perciò l’ordinanza n. 46 del 10 agosto 2011, con la quale il Dirigente del II Settore del Comune di Peschici gli ha ordinato di rimuovere, entro tre giorni dalla ricezione della medesima ordinanza, “la sbarra con relativo impianto abusivamente posta in opera presso la strada principale di accesso al più volte richiamato Villaggio Solemar, con consequenziale ripristino della interclusa viabilità”.

Il ricorrente deduce la violazione della legge 7 agosto 1990 n. 241, in quanto, dopo l'avvio del procedimento, l'Amministrazione non avrebbe atteso il termine di scadenza per la presentazione di osservazioni per emanare l'atto contestato. Rileva inoltre che l'istruttoria si presenta lacunosa, in quanto l'ordine di rimozione pone a proprio scontato presupposto l’abusività della sbarra, esclusa invece dal citato permesso di costruire n. 80/2005.

Con motivi aggiunti notificati il 13 settembre 2011, l'amministratore condominiale ha poi impugnato l’ordinanza di demolizione n. 57 del I settembre 2011 con la quale veniva ordinata la demolizione della sbarra con il relativo impianto, comunicando “che nei prossimi giorni i manutentori di questo Ente, accompagnati da agenti di P.M., provvederanno alla rimozione della sbarra oggetto della presente ordinanza, la rimozione sarà eseguita a cura del Comune di Peschici ed a spese del responsabile dell’abuso, ai sensi dell’art. 35 del DPR n. 380/2001". Anche con quest'atto, così come con il ricorso è stato richiesto il risarcimento dei danni subiti.

Il provvedimento di demolizione, pur esaurendosi in una mera comunicazione, riporta una serie di premesse tra le quali le più rilevanti sono che il permesso di costruire era decaduto (perché nel fascicolo procedimentale non risulta né la comunicazione d’inizio lavori né quella della relativa ultimazione), che le strade del villaggio sono pubbliche, e che mancano l’autorizzazione paesaggistica e gli altri necessari pareri in quanto il terreno rientra nel Parco nazionale del Gargano, in area S.I.C. ed è sottoposto a vincolo idrogeologico.

Il ricorrente contesta la demolizione, evidenziando soprattutto che la comunicazione d’inizio lavori era stata consegnata a mani al Responsabile dello Sportello unico attività edilizie in data 22 marzo 2006 e che, trattandosi di una opera edilizia minore, essa non è passibile di demolizione d'ufficio; inoltre non sarebbero stati rispettati i termini di cui all'articolo 31 del d.p.r. n. 380/2001 e non sarebbe applicabile l'articolo 35 perché il provvedimento incide su un'area privata.

Si è costituito il Comune di Peschici, che, ricostruita la sequenza procedimentale, ha sostenuto l'infondatezza del gravame.

Con ordinanza 6 ottobre 2011 n. 822 l'istanza cautelare è stata accolta con la seguente motivazione:

"Il Collegio, considerato che ad un sommario esame emerge la fondatezza della pretesa azionata, atteso:

- che l’intervento per cui è causa risulta pacificamente assentito con permesso a costruire del 22 aprile 2005 e che risulta allo stato quantomeno incerto il fatto della effettiva data di inizio e fine lavori, invocato dal Comune a motivo della decadenza *ex lege* dello stesso titolo abilitativo, così come del resto la stessa appartenenza pubblica della strada, invocata a sostegno dell’applicazione dell’art 823 c.c.;

- che l’intervenuta decadenza del permesso di costruire ex art 15 d.p.r. 380/2001 deve formare oggetto di formale atto autoritativo benché di contenuto dichiarativo (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli n.12677/2010) previo contraddittorio con i soggetti interessati (*ex multis* T.A.R. Sicilia Palermo n.1632/2009) specie allorquando vi sia obiettiva incertezza e/o contestazione in merito alla sussistenza dei presupposti fattuali (Consiglio di Stato sez IV 6 novembre 2008, n.5500, T.A.R. Liguria sez II 25 ottobre 2007, n.1853, T.A.R. Friuli Venezia Giulia 30 agosto 2006, n.571) non potendosi ritenere né *ex ante* né *ex post* inutile l’apporto partecipativo del soggetto direttamente interessato, pur in presenza di attività vincolata".

Sulle conclusioni delle parti la causa è stata riservata per la decisione all'udienza del 5 aprile 2012.

B. Le censure avanzate con il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati, come anticipato in sede cautelare.

Nelle proprie difese il Comune innanzi tutto ricostruisce l’*iter*: in data 25 luglio 2011 (nota prot. 5394) veniva avviato il procedimento finalizzato all'adozione dell'ordinanza di demolizione; in data 10 agosto 2011 veniva emessa l'ordinanza "cautelare" n. 46, al fine di ripristinare l'accesso al mare; in data I settembre 2011 veniva ordinata la demolizione, in esito all'avviata procedura, sul presupposto della rilevata decadenza dal permesso di costruire.

A ciò occorre aggiungere che, prima dell'udienza, precisamente in data 13 febbraio 2012, il Responsabile del II Settore ha comunicato l'inizio di un procedimento denominato di "revoca", avviato sulla base sia delle mancate denunce d’inizio e di ultimazione dei lavori sia della circostanza che la realizzazione della sbarra costituisca un mutamento della destinazione d'uso che modifica gli standard urbanistici.

Inoltre, l'Ente sottolinea che, quand’anche, come sostiene il ricorrente, la sbarra potesse essere assoggettata ad una semplice d.i.a. o s.c.i.a., la rimozione sarebbe comunque giustificata in base all'articolo 32 del d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, in quanto la strada chiusa dalla sbarra è pubblica.

Già quanto premesso induce a dubitare della coerenza dell'azione amministrativa. Una lettura più approfondita degli atti porta poi a individuarne le singole illegittimità.

B.1. In primo luogo, nell’ordinanza n. 46 del 10 agosto 2011 l'ordine di rimozione si fonda su un unico presupposto (quello dell’abusività della sbarra), evidentemente insussistente, visto che l'intervento era stato autorizzato con il permesso di costruire 22 aprile 2005 n. 80.

Pertanto il ricorso originario, nella sua parte demolitoria, dev’essere accolto con conseguente annullamento dell'atto gravato.

B.2. In secondo luogo, l’ordinanza di demolizione n. 57 del I settembre 2011 elenca una serie di premesse la cui funzione strumentale di giustificazione del dispositivo non è estrinsecata e quindi comprensibile.

Quel che invece si presenta chiaro, perché risulta dagli atti, é che il permesso di costruire 22 aprile 2005 n. 80 non è stato né ritirato in autotutela né dichiarato decaduto, con un formale atto autoritativo a seguito del doveroso contraddittorio con i soggetti interessati (sempre ammettendo che, *ex* articolo 15 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, tale dichiarazione possa essere effettivamente emessa con riguardo ad un intervento integralmente realizzato).

Tale conclusione (dell'attuale efficacia del titolo edilizio) trova definitiva conferma nella nota 13 febbraio 2012, con la quale il Responsabile del II Settore ha comunicato (solo) il mero avvio di un procedimento denominato di "revoca", che appunto sembra finalizzata a giungere infine ad un provvedimento di natura anfibia, tra autoannullamento, revoca (peraltro in sé, a rigore, inammissibile in presenza di un permesso di costruire che, come tale, presenta carattere irrevocabile) e decadenza.

In ultimo, per completezza, si deve osservare che l'argomento del Comune che fa leva sulla proprietà pubblica della strada (e quindi dell'applicabilità dell'articolo 35 del testo unico edilizia) non è sostenuto d’alcun elemento probatorio.

La convenzione di lottizzazione invero obbliga la società realizzatrice e i suoi aventi causa a cedere le urbanizzazioni primarie comprese le strade (2°, lett. a), 5°), ma il passaggio di proprietà non è mai stato effettuato, così come il Comune non ha mai assunto l'onere di manutenzione ordinaria e straordinaria (come correlativamente previsto nella convenzione); né tanto meno risulta dimostrata la costituzione della servitù pubblica.

In definitiva anche i motivi aggiunti vanno accolti agli effetti dell’annullamento dell'ordinanza del I settembre 2011.

C. La domanda risarcitoria dev’essere invece dichiarata inammissibile. Il nocumento lamentato consisterebbe nel danno morale o esistenziale collegato alla turbativa della tranquillità che dev’essere particolarmente protetta durante il periodo di ferie (essendo sostanzialmente il villaggio abitato durante la stagione balneare).

Al proposito, nella fattispecie, non occorre occuparsi delle complesse questioni legate a tale tipo di ristoro. È infatti sufficiente constatare che esso rappresenta una modalità riparatoria della lesione di diritti personali, rispetto alla quale il ricorrente, che agisce nella sua qualità di amministratore di un condominio, non è legittimato.

L'esito del giudizio, comportante comunque che sia accordata la tutela primaria dell'annullamento, giustifica la parziale compensazione tra le parti delle spese di giudizio, che perciò, per il resto, seguono la soccombenza, nella misura equitativamente stabilita in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione terza), definitivamente pronunciandosi,

- accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto, nella parte demolitoria, e, per effetto, annulla l’ordinanza n. 46 del 10 agosto 2011; lo dichiara inammissibile nella parte risarcitoria;

- accoglie i motivi aggiunti depositati il 15 settembre 2011, nella parte demolitoria, e, per effetto, annulla l’ordinanza di demolizione n. 57 del I settembre 2011; li dichiara inammissibili nella parte risarcitoria.

Condanna il Comune di Peschici al pagamento delle spese processuali in favore del ricorrente, nella misura di € 3.000,00, oltre CU, CPI e IVA, come per legge. Compensa per il resto.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morea, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Referendario

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/05/2012

IL SEGRETARIO

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