

Pubblicato il 13/04/2018

Sent. n. 567/2018

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 473 del 2012, proposto da Vito Leoci, rappresentato e difeso dall'avvocato Fiorenzo Calcagnile, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Prospero Petroni n. 40;

contro

Comune di Polignano a Mare, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Labianca, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via S. Matarrese, n. 2/13;

per l'annullamento

dell'ordinanza n. 22/u.t.-249/rg. prot. n.28715 del 22 dicembre 2011 e notificata il 28 dicembre 2011, assunta dal Dirigente della Struttura urbanistica ed edilizia del comune di Polignano a Mare nonché, per quanto di ragione, di tutti gli atti connessi, presupposti e correlati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Polignano a Mare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2018 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Il sig. Vito Leoci premette di esercitare l'attività di ristorazione in un manufatto prospiciente il mare, in virtù di concessione demaniale rinnovata dal Comune di Polignano a Mare con provvedimento n.5 del 20 aprile 2010, presso il Lungomare Domenico Modugno.

Esponesse di aver presentato, in data 8.10.2004, una D.I.A. al Comune, avente ad oggetto servizi igienici, i cui lavori sono stati ultimati e sottoposti a collaudo, con successivo rilascio del certificato di agibilità n. 35/2010.

Aggiunge che a seguito di sopralluogo, la Polizia Municipale ha trasmesso agli uffici della civica amministrazione una relazione datata 22.06.2011, nella quale ha denunciato la presenza di 3 pergolati abusivi al servizio dell'attività di somministrazione, di un cancello in legno e di una tenda "*che di fatto, impedisce il legittimo passaggio pedonale in violazione di quanto disposto dalla Concessione Demaniale*" a cui, nonostante le osservazioni inviate dopo la notifica del provvedimento di sospensione dei lavori, è seguita l'ordinanza gravata di ripristino dello stato dei luoghi e demolizione delle opere eseguite in difformità dalla DIA n. 2004-202.

2. - Con ricorso notificato il 27.2.2012 e depositato il 30.3.2012, impugna l'ordinanza n.22/U.T. – 249/RG. Prot. n.28715 del 22 dicembre 2011 e notificata il 28 dicembre 2011, a firma del dirigente della Struttura Urbanistica ed Edilizia del Comune di Polignano a Mare.

2.1. - Ha censurato il provvedimento per errore e carenza del presupposto, motivazione erronea e contraddittoria, manifesta illogicità, eccesso di potere sotto svariati profili, violazione e falsa applicazione della L. n. 241/1990.

Contesta, in particolare, il riferimento alla presunta assenza dell'invio di osservazioni, riferendo di aver depositato in data 12.8.2011 un atto al Comune con cui ha replicato ai rilievi dell'ente locale.

Quanto ai pergolati nega di averli installati, in occasione dei lavori del 2004, sostenendo che la loro presenza sarebbe desumibile dalla planimetria depositata al Comune ed allegata sia alla istanza per il rilascio del certificato di agibilità, sia alla concessione demaniale resa dal medesimo ente locale (entrambe citerebbero espressamente le aree esterne, rimandando alla planimetria che li riporta), sia alla istanza per l'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande ed al pedissequo provvedimento emesso dalla ASL.

Per quanto concerne la scalinata esclude che essa sia di ostacolo per l'accesso al mare, ritenendola piuttosto funzionale all'accesso all'area oggetto di concessione (con destinazione a ristorante e non a stabilimento balneare) esclusiva, posta, peraltro, in posizione elevata rispetto al livello dell'acqua.

Analogamente esclude che la tenda solare possa ostacolare l'accesso al mare atteso che il transito sarebbe assicurato da un passaggio su via parallela aperta al pubblico.

Ribadisce che la preesistenza dei pergolati sarebbe dimostrata dalla documentazione fotografica nell'arco di diverse epoche (risalendo sino alla seconda metà dell'800) ed dai rilievi aerofotogrammetrici dell'Aeronautica Militare effettuati nella seconda metà degli anni novanta.

Aggiunge che la presenza di tali pergolati è risalente all'epoca in cui l'area oggetto di concessione demaniale formava oggetto dei contratti di locazione conclusi con il Comune, che prima dell'ordinanza gravata non li avrebbe avversati. Contesta anche il riferimento alle presunte difformità rispetto alla DIA del 2004 relativa a servizi igienici.

3. - Il Comune di Polignano a Mare si è costituito in giudizio il 3.4.2012.

Ha eccepito, innanzitutto, l'inammissibilità del ricorso per tardivo deposito rispetto al termine dei trenta giorni dalla notifica, avvenuta in data 27 febbraio 2012.

Ha eccepito, inoltre, l'inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse attesa la decadenza della concessione demaniale di cui alla determina n. 5 – 25 del 18.1.2012 in conseguenza del mancato versamento del canone demaniale e dell'esecuzione di opere *sine titulo*.

Ha, altresì, sostenuto l'infondatezza nel merito del ricorso.

4. - Con ordinanza del 19.4.2012 è stata accolta l'istanza cautelare.

4.1. - Con memoria del 25.10.2012 il Comune, nel richiamare le motivazioni addotte dall'ordinanza che ha accolto l'istanza cautelare, ha ribadito che il ricorrente non ha mai rimosso o regolarizzato le opere realizzate *sine titulo* per come accertate nel verbale di sopralluogo della polizia municipale del 19.5.2011.

5. - Il giudizio è stato sospeso con ordinanza del 29.11.2012 nelle more della decisione, ritenuta pregiudiziale, dell'appello innanzi al Consiglio di Stato (r.g. 6253/2012) proposto avverso la sentenza di questa Sezione n. 1372/2012, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione in ordine all'impugnazione del provvedimento di decadenza per inadempimento della concessione demaniale di cui era titolare il ricorrente.

5.1. - Con sentenza n. 5043/2016 il Consiglio di Stato, in riforma della impugnata sentenza n. 1372/2012, ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo ed ha annullato il provvedimento di decadenza dalla concessione demaniale marittima adottata dal Comune di Polignano a Mare nei confronti del ricorrente per omesso pagamento del canone demaniale.

6. - All'udienza pubblica dell'11.10.2017, la causa è stata rinviata su richiesta delle parti.

6.1. - Il Comune l'8.3.2018 ha depositato memoria per ribadire le eccezioni in rito e l'infondatezza nel merito.

6.2. - Il ricorrente ha depositato memoria di replica il 22.3.2018. Ha sostenuto che la concessione demaniale è efficace fino al 31.12.2020. Ha, altresì, presentato, ai sensi dell'art. 54 comma 1 c.p.a., istanza di autorizzazione al deposito tardivo di un documento (l'autorizzazione n. 2222 del 9.3.1995 rilasciata dal Comune di Polignano a Mare) ritenuto dirimente ai fini della decisione, adducendo di averlo rinvenuto solo in data 19.3.2018.

7. - Alla pubblica udienza dell'11.4.2018, la difesa del Comune ha chiesto un rinvio per poter replicare sul valore dell'ultima produzione documentale del ricorrente o, in caso di mancata concessione del rinvio, lo stralcio della documentazione depositata il 22.3.2018. All'esito della discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - In via preliminare, il Collegio ritiene di non poter accogliere l'istanza di rinvio, trattandosi di gravame da lungo tempo pendente e completo nei suoi elementi conoscitivi, in quanto le esigenze di effettività della tutela impongono la definizione del giudizio.

Ogni profilo relativo alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 54 comma 1 c.p.a. (ossia la difficoltà di produzione nel termine di legge) per il deposito tardivo della documentazione versata in atti dal ricorrente in data 22.3.2018, d'altra parte, è ininfluenza sul *thema decidendum*, in questa sede in rilievo, e viene superato dall'infondatezza del ricorso, per le ragioni che saranno di seguito evidenziate. La documentazione in questione, diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente, infatti, per quanto si avrà modo di evidenziare, depone a conferma dell'infondatezza del ricorso.

9. - Sempre in via preliminare deve essere respinta l'eccezione di tardività del deposito dell'atto introduttivo del giudizio.

La notifica nei confronti del Comune si è perfezionata l'1.3.2012 e il deposito del ricorso è avvenuto il 30.3.2012, nel rispetto, dunque, del termine perentorio per il deposito, previsto dall'art. 45 c.p.a., di trenta giorni, decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario.

10. - E' da ritenersi superata anche l'eccezione di inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse per la parte fondata sulla decadenza della concessione demaniale disposta con determina n. 5 – 25 del 18.1.2012, in conseguenza del mancato versamento del canone demaniale e dell'esecuzione di opere *sine titulo*.

Tale atto, infatti, è stato annullato dal Consiglio di Stato dalla menzionata sentenza n. 5043 del 30.11.2016.

Ne consegue che la concessione demaniale trova fondamento nel provvedimento n. 5 del 20.04.2010, nel quale è prevista la durata di anni quattro con decorrenza dall'1.1.2010 al 31.12.13.

10.1. - Il Comune, nella memoria depositata l'8.3.2017, rinnova l'eccezione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse per l'intervenuta scadenza del termine di durata della suddetta concessione.

Sotto questo diverso profilo l'eccezione, come osservato anche dal ricorrente, risulta parimenti infondata per effetto, dapprima, dell'art. 1, co. 18, d.l. 194/2009 (conv. in legge 25/2010) che ha prorogato *ex lege* la durata delle concessioni demaniali marittime in essere al 30 dicembre 2009 fino al 31 dicembre 2015 e, successivamente, della modifica, disposta dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con legge n. 221/2012), del termine di cui al menzionato art. 1, comma 18, in relazione alla proroga delle concessioni in essere (dal 31.12.2015) sino al 31.12.2020.

11. - Irrilevante è anche la mancata impugnazione dell'ordinanza di sospensione dei lavori n. 19/2011, contestata dal Comune, atteso quanto previsto dall'art. 27, comma 3, del D.P.R. 6.6.2001, n. 380 e s.m.i., ai sensi del quale la sospensione dei lavori ha effetto fino all'adozione ed alla notifica dei provvedimenti definitivi sanzionatori, che deve avvenire "*entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori*".

Trattasi di provvedimento, secondo l'orientamento della prevalente giurisprudenza condiviso dal Collegio che si è già pronunciato in tal senso (cfr. di questa Sezione III del T.A.R. Bari, sent. n. 269 del 19.02.2014), "cautelare e provvisorio", inteso ad evitare che l'attività costruttiva abusivamente condotta possa essere portata ad ulteriori conseguenze e ha efficacia temporalmente limitata, spirando

al decorso del quarantacinquesimo giorno dalla sua adozione: e ciò sia che venga soppiantata dal provvedimento definitivo di demolizione, sia che quest'ultimo non venga adottato.

Occorre, inoltre, rimarcare che nell'ordinanza n. 19/U.T. – 143/RG, prot. 16806 del 21.7.2017, oltre alla sospensione dei lavori (non si comprende, peraltro, quali lavori abbiano costituito oggetto di sospensione, atteso che il verbale della polizia municipale riferisce di abusi ma non di lavori in corso), si comunica che l'atto costituisce comunicazione di avvio del procedimento, che, per giurisprudenza costante, in quanto atto endoprocedimentale, non è atto autonomamente lesivo e, pertanto, non autonomamente impugnabile.

12. - Nel merito il ricorso, come già anticipato, non può trovare favorevole apprezzamento.

12.1. - Il ricorrente fonda le proprie doglianze avverso l'ordinanza oggetto di gravame sul difetto di istruttoria e motivazione, riferite, in particolare, all'effettiva epoca di realizzazione dei manufatti contestati.

12.2. - La difesa della civica amministrazione ha puntualizzato che gli abusi sono stati realizzati su immobile soggetto a concessione demaniale sottoposto a regime vincolistico (ZONA A2 storico - ambientale; zona di rispetto costiero con vincolo di tutela paesaggistica). Ha precisato che la concessione demaniale n. 5 del 20.4.2010 è circoscritta ad un fabbricato di mq 338,36 e tettoia di mq 19,40 e che il certificato di agibilità è riferito unicamente al fabbricato, rinviando alla cartografia SID al fg. 16 e alla planimetria allegata.

Ritiene per questo che la mancanza di conformità al titolo demaniale renda irrilevanti la presenza sia della servitù di passaggio per la fruizione del bene demaniale, che della strada parallela di accesso al mare. Analogamente sostiene che non incida sull'esercizio del potere di autotutela demaniale, di cui agli artt. 54 e 55, la questione relativa all'epoca di installazione dei manufatti.

13. - Dai provvedimenti relativi al procedimento che si è concluso con l'ordinanza gravata, si evince che la comunicazione di abuso edilizio del comando di polizia municipale prot. 14358/2010, giunta al Comune in data 24.6.2010 è effettuata ai sensi dell'art. 27 comma 4 d.p.r. 380/2001.

Il provvedimento impugnato (ordinanza n. 22) è stato adottato sul presupposto che per l'installazione delle opere contestate non è stata presentata istanza di accertamento di conformità, né p.d.c. in sanatoria, né autorizzazione paesaggistica ai sensi del D.Lgs 42/2004 e dell'art 55 cod navigazione.

13.1. - Correttamente la civica amministrazione richiama gli artt. 54 -55 cod. nav., unitamente alle norme del d.Lgs. 380/2001 T.U.E.

Laddove una o più opere edilizie siano state realizzate su un'area del demanio marittimo, infatti, il conseguente ordine di demolizione è adottato dal Comune anche in applicazione degli artt. 54 e 1161 cod. nav. e, quindi per la tutela degli interessi demaniali, risultando ininfluenza la questione della minore o maggiore consistenza dell'abuso.

13.2.- - La giurisprudenza ha, altresì, affermato che, nel caso di un ordine di demolizione che ha per oggetto abusi posti in essere su aree demaniali, anche la qualità di utilizzatore è sufficiente per esserne destinatari, senza la necessità che sia accertato colui che ha effettivamente edificato l'abuso; in tal senso, per responsabile dell'abuso si intende non solo chi ha posto in essere materialmente la violazione contestata ma anche chi, subentrando nella titolarità e comunque nella detenzione del bene, ne ha protratto la permanenza avvalendosi nel tempo dell'utilità del bene stesso senza demolirlo.

14. - La difesa del ricorrente è volta a dimostrare la preesistenza dei manufatti contestati, sia rispetto al momento in cui egli è entrato nella disponibilità dell'area, sia rispetto ai titoli edilizi rilasciati dal comune.

14.1. - Ritiene a tal fine dirimente l'autorizzazione n. 2222 del 9.3.1995 rilasciata dal Comune di Polignano a Mare, avente ad oggetto l'esecuzione di "*lavori di manutenzione e restauro della tettoia del fabbricato*".

14.2. - Tale atto, tuttavia, risulta confermare la tesi della civica amministrazione, a sua volta suffragata dai documenti versati in atti.

Come sopra evidenziato, infatti, la concessione demaniale n. 5/2010, nel descrivere i manufatti presenti sull'area, si riferisce espressamente a due manufatti (un fabbricato di mq 338,36 e tettoia di mq 19,40) della superficie totale di mq. 357,00 ed una superficie scoperta di mq 218,00.

Sia l'autorizzazione del 1995, che la concessione demaniale del 2010, dunque, riferiscono della presenza di un'unica tettoia.

Le opere contestate a seguito dei rilievi della Polizia Municipale, invece, risultano essere, tra le altre, due tettoie e 3 pergolati.

La documentazione versata in atti non dà atto della preesistenza di "tettoie" (come sostenuto a pag. 3 della memoria del ricorrente depositata il 22.3.2018), ma "della tettoia".

15. - Ne consegue allora che le ulteriori opere realizzate sull'area, in quanto poste su suolo demaniale senza concessione, vanno demolite e tanto a prescindere dall'epoca di effettiva realizzazione.

Tanto vale per qualunque opera sia realizzata, ivi compresi recinzioni e cancelli. Quando, infatti, è realizzata abusivamente una recinzione su una area del demanio marittimo, in considerazione da un lato della non usucapibilità della medesima area e dall'altro dei principi applicabili in tema di abusi edilizi (oltre che di tutela del demanio), gli autori dell'abuso (o i loro aventi causa) non possono dolersi del fatto che - per connivenza o mancata conoscenza dei fatti - le Autorità amministrative competenti a reprimere l'abuso siano rimaste inerti: una volta accertati i fatti, l'Amministrazione deve senza indugio ordinare la rimozione di quanto risultato realizzato abusivamente.

Né rileva il fatto che il destinatario dell'ordinanza non sia il responsabile dell'abuso, in quanto, nel caso di un ordine di demolizione che ha per oggetto abusi posti in essere su aree demaniali, anche la qualità di utilizzatore è sufficiente per esserne destinatari, senza la necessità che sia accertato colui che ha effettivamente edificato l'abuso; in tal senso, per responsabile dell'abuso si intende non solo chi ha posto in essere materialmente la violazione contestata ma anche chi, subentrando nella titolarità e comunque nella detenzione del bene, ne ha protratto la permanenza avvalendosi nel tempo dell'utilità del bene stesso senza demolirlo.

16. - In definitiva, la natura demaniale dell'area, la mancata dimostrazione della presenza di titoli abilitativi dei manufatti contestati risultano da soli idonei a fondare la legittimità dell'ordinanza gravata, rendendo superfluo ogni ulteriore approfondimento anche con riferimento alle ulteriori questioni sulla servitù di passaggio e sull'esistenza di una strada parallela per l'accesso al mare che non risultano comunque in grado di fondare una pronuncia di tipo diverso.

16.1. - Ininfluenza diventa anche il mancato riferimento del Comune alle osservazioni che il ricorrente assume di aver inviato (non si ricava, peraltro, dalla nota depositata in atti nessun elemento a conferma dell'effettivo invio) nell'ambito dell'istruttoria procedimentale in quanto la giurisprudenza è ferma sul punto, nel sostenere che, nei procedimenti preordinati all'emanazione di ordinanze di demolizione di opere edilizie abusive non trova applicazione l'obbligo di comunicare l'avvio dell'iter procedimentale in ragione della natura vincolata del potere repressivo esercitato, che rende di per sé inconfigurabile un qualunque apporto partecipativo del privato.

17. - Per tutto quanto esposto il ricorso deve essere respinto.

18. - Le spese seguono le regole della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente al pagamento, in favore della resistente amministrazione, delle spese di lite che liquida nella somma complessiva di € 1.500 (euro millecinquecento/00), oltre oneri ed accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Cesira Casalanguida, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Cesira Casalanguida

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO