

Pubblicato il 04/12/2020

N. 01570/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01250/2016 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 1250 del 2016, proposto da Condominio complesso S.ED.I, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Daloso, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, corso Cavour n. 124;

contro

Comune di Foggia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Dragonetti e Antonio Puzio, con domicilio eletto presso lo studio Luigi D'Ambrosio in Bari, piazza Garibaldi, n. 23;

nei confronti

S.ED.I S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vania Romano e Marialuisa Vitulli, con domicilio eletto presso lo studio Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, n. 14;

per l'annullamento

previa adozione di idonea misura cautelare

dei seguenti atti: 1) la determina del dirigente dell'Area Tecnica del Comune di Foggia n. reg. gen. 378/2016, prot. n. 72807 del 20/07/2016, notificata il successivo 21/07/2016, con cui l'Amministrazione comunale ha disposto l'annullamento in autotutela della C.I.L.A. presentata dal Condominio "Complesso S.ED.I." in data 12/06/2015 ed acquisita al protocollo generale dell'Ente al n. 52458/2015; 2) ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale a quello impugnato, compresi, ove occorra, la nota S.U.E. prot. n. 58273 del 30/06/2015, e la nota del Dirigente del Servizio LL.PP. prot. n. 33742 del 08/04/2016, menzionata nel provvedimento impugnato e non altrimenti conosciuta;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Foggia e di S.ED.I S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Orazio Ciliberti nell'udienza del giorno 3 dicembre 2020, tenutasi nella modalità telematica di cui all'art. 23 del D.L. n. 137/2020, e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - Il Condominio ricorrente, composto da cinque fabbricati e delle aree esterne ad essi pertinenziali, delimitato da viabilità di PRG e, segnatamente, da un lato da via Alfredo Guglielmi (prolungamento di viale

Ippodromo), per i restanti tre lati da via Luigi Treggiani – sul presupposto che nella convenzione stipulata in data 31.3.1972, il proprietario costruttore S.ED.I. s.r.l. e il Comune di Foggia convennero espressamente che l'intera area esterna ai fabbricati (contornata in rosso nelle allegate planimetrie), restando in proprietà della medesima società S.ED.I., dovesse essere destinata a parcheggio pertinenziale, ad esclusivo uso del condominio - in data 2.12.2014 deliberava la chiusura dell'area, con l'apposizione di quattro cancelli, uno per ciascuno dei quattro varchi di accesso dalla viabilità pubblica. In data 12.6.2015 l'amministratore del Condominio presentava al Comune di Foggia comunicazione di inizio lavori asseverata (CILA) per l'installazione di quattro cancelli scorrevoli delle dimensioni di mt 1,20 di altezza per mt 6 di lunghezza (di cui mt. 4,50 di varco libero). L'iter di definizione del procedimento era osteggiato dall'intervento oppositivo di un'unica condomina, cioè la stessa S.ED.I. s.r.l. proprietaria di locali a piano terra dei fabbricati. Con la nota dirigenziale prot. n. 41118 del 28.4.2016, il Comune, a fronte delle sollecitazioni della società S.ED.I., chiedeva di integrare la documentazione esibita comprovando la natura pertinenziale delle aree oggetto di chiusura e, con la nota dirigenziale prot. n. 58273 del 30/06/2015, sospendeva la CILA. Seguivano le note dirigenziali prot. n. 110354 del 10.12.2015, prot. n. 116837 del 29.12.2015 e, infine, la determina n. 41118 del 28.4.2016 che, dopo aver conseguito in data 8.4.2016 il parere favorevole del dirigente del Servizio Lavori Pubblici sulla chiusura al traffico veicolare pubblico dell'area condominiale adibita a parcheggio (determina dirigenziale prot. n. 33742/2016, menzionata nella det. 41118/2016), revocava la propria precedente determina n. 58273/2015 di sospensione della CILA e autorizzava la prosecuzione dei lavori oggetto della comunicazione asseverata. I lavori di installazione dei cancelli erano ultimati in data 20.7.2016, senonché, in data 21.7.2016 veniva notificata all'amministratore del Condominio ricorrente la determina prot. n. 72807 del 20.7.2016, adottata dal dirigente dell'Area Tecnica del Comune di Foggia prot. n. 72807 del 20.7.2016 (lo stesso che aveva adottato la delibera di revoca della sospensione e di autorizzazione alla prosecuzione dei lavori) con cui era disposto l'annullamento in autotutela della CILA.

Il ricorrente Condominio insorge, con il ricorso notificato il 19.10.2016 e depositato il 4.11.2016, per impugnare gli atti indicati in epigrafe. Deduce i seguenti motivi di diritto: 1) violazione dell'art. 42 Costituzione e dell'art. 832 c.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del TUE, violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 19 e 21-nonies, legge n. 241/1990, violazione e falsa applicazione dell'art. 41-sexies legge n. 1150/1942 (nel testo antecedente alla legge n. 246/2005), eccesso di potere per falsa applicazione dell'art. 8 delle convenzione di lottizzazione rep. n. 52505/1972, eccesso di potere per travisamento e omessa considerazione dei presupposti di fatto e diritto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, sviamento; 2) violazione dell'art. 97 Cost., ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 19 e 21-nonies legge n. 241/1990, ulteriore eccesso di potere per omessa ed erronea considerazione dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento; 3) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 19 legge n. 241/1990, eccesso di potere per omessa ed erronea considerazione dei presupposti, ingiustizia manifesta, sviamento.

Si costituisce il Comune di Foggia per resistere nel giudizio. Con successive memorie, chiede la reiezione del ricorso.

Si costituisce la controinteressata S.ED.I. S.r.l., deducendo – anche con successive memorie difensive - l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Con ordinanza n. 537 del 22.11.2016, questa Sezione respinge la domanda cautelare del ricorrente.

All'udienza pubblica del 3 dicembre 2020, tenutasi nella modalità telematica di cui all'art. 23 del D.L. n. 137/2020, la causa è introitata per la decisione.

II – Il ricorso è fondato.

III – Com'è noto, il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusivamente per una cognizione incidentale sulle questioni di diritto soggettivo, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., senza poter fare stato sulla medesima con la propria decisione e al solo fine di pronunciarsi sulla legittimità della determinazione dirigenziale che forma specifico oggetto di ricorso (cfr.: Cons. Stato Sez. IV, 15/07/2020, n. 4570). Ciò detto, deve considerarsi che, nella convenzione di lottizzazione a suo tempo stipulata dal Comune e dalla società S.ED.I., odierna controinteressata, è stabilito espressamente che la “ditta S.ED.I. formalmente dichiara di riservare e destinare, come in effetti riserva e destina con vincolo permanente a parcheggio per gli edifici da costruire, lo scantinato, le zone di accesso e le zone esterne, come meglio specificato nelle planimetrie C/1 – C/2 dove le zone vincolate sono contornate in rosso”. Realizzati i cinque fabbricati costituenti il Condominio “Complesso S.ED.I.”, con atto 16.11.1974, trascritto il successivo 28.11.1974, veniva adottato il regolamento condominiale il quale include le suddette aree fra le “parti, cose ed impianti comuni” (pag. 4 – 5, punto e del regolamento condominiale). Pertanto, si può ritenere che le aree in esame: a) sono di proprietà privata; b) sono state espressamente destinate, giusta convenzione di lottizzazione intercorsa tra l'Amministrazione e l'odierna società controinteressata, a parcheggio condominiale (“per gli edifici da costruire”); c) sono transitate nella titolarità del Condominio, con atto ritualmente trascritto; d) non sono mai state oggetto di cessione né di esproprio da parte del Comune (perché non potevano esserlo, stante il chiaro contenuto del richiamato strumento esecutivo e la dichiarata finalità cui le aree medesime erano destinate).

Erronei e inconferenti appaiono i richiami, contenuti nel provvedimento di autotutela comunale qui gravato, alla cessione delle opere di urbanizzazione primaria, come da deliberazione di Giunta comunale n. 41/2013. Identiche considerazioni valgono per le disposizioni di P.R.G. (approvato nel 2001), pure richiamate dalle parti resistenti nelle loro difese. In particolare, inconferente appare il richiamo all'art. 10 delle N.t.a. – la cui applicazione è invocata dalla controinteressata - il quale, nel disciplinare le “aree di proprietà pubblica o privata a servizio del sistema residenziale o produttivo”, prevede espressamente che “Ogni intervento nelle zone di espansione deve garantire il reperimento di tali aree da cedere al Comune mediante apposita convenzione, o per le quali il Comune si impegna a intervenire mediante acquisizione”. Anche a voler ricondurre le aree in esame a tale previsione, in evidente contraddizione con lo strumento attuativo a suo tempo approvato, non si vede come in mancanza di effettiva acquisizione delle aree in esame alla mano pubblica, mediante un rituale procedimento di esproprio o di asservimento per pubblica utilità, possa pretendersi di comprimere i diritti dominicali del Condominio ricorrente.

Inattendibile è, altresì, la deduzione della controinteressata, laddove afferma che il D.M. di approvazione della lottizzazione de qua attesterebbe che le aree destinate a parcheggio per cui è causa, cumulate con i parcheggi interrati, supererebbero lo standard previsto dall'art. 41-sexies, legge n. 1150/1942 (nel testo *ratione temporis* vigente), sicché “dette aree non possono ritenersi sottoposte ad alcun vincolo pertinenziale in favore degli abitanti del complesso edilizio”. L'assunto non è condivisibile, sia perché la ricognizione delle aree destinate a parcheggio contenute nel D.M. è riferita all'intera lottizzazione (della quale il complesso edilizio in argomento costituisce “iniziativa costruttiva singola”, ex art. 3 della convenzione di lottizzazione), ma anche e soprattutto perché il vincolo a parcheggio condominiale discende dalla convenzione di lottizzazione a suo tempo sottoscritta dal Comune e dalla controinteressata.

IV - Chiarito che nessun dubbio possa esservi sulla titolarità e sulla destinazione delle aree in esame, con il ricorso introduttivo, il ricorrente Condominio censura il provvedimento comunale di autotutela (annullamento della CILA per l'installazione dei cancelli di chiusura delle aree in argomento) nella parte in cui adombra, seppure del tutto genericamente, l'esistenza di un preteso diritto reale d'uso *uti cives* sulle aree in esame. Sul punto, va rilevato che il provvedimento impugnato non indica il titolo legale a base del quale vorrebbe opporre un'usucapione; né ha minimamente provato la *dicatio ad patriam* o l'utilizzo da parte della collettività delle aree in esame, né la sua idoneità a soddisfare una finalità di pubblico interesse. Tanto è sufficiente a far ritenere immotivato il provvedimento impugnato, nonché contrario ai principi giurisprudenziali in tema di elementi costitutivi dei diritti reali di uso pubblico, e di riparto degli oneri probatori in *subiecta materia*. Come di recente ribadito dal Consiglio di Stato in fattispecie simile a quella in esame, la “verifica dell'esistenza della servitù pubblica di passaggio” deve essere effettuata “in base al generale principio scolpito dall'art. 2697 del codice civile” secondo cui “l'onere della prova di questa limitazione del diritto dominicale incombe in capo a chi ne afferma la sussistenza”. Prosegue la pronuncia evidenziando 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” (cfr.: Cons. Stato, Sez. II, 12.5.2020, n. 2992; sostanzialmente in termini, anche Cons. Stato, Sez. II, 18.5.2020, n. 3158).

Lo stesso provvedimento impugnato ha valore confessorio circa l'inesistenza del preteso diritto, laddove sostiene che il “tratto di strada” sarebbe utilizzato in particolar modo “come inversione di marcia dai genitori dei bambini dell'asilo che si affaccia direttamente sulla via in questione, da sempre ad uso pubblico” e che “la scelta di delimitare l'area di parcheggio – posto auto privato può soddisfare un esiguo numero di condomini e/o soggetti interessati”. Invero, non si è al cospetto di un “tratto di strada”, bensì di

due distinte aree a parcheggio costeggiate – rispettivamente - dalle vie Treggiari e Guglielmi (il provvedimento sembra invero riferirsi alla sola area con affaccio sulla via Treggiari) e lo stesso provvedimento assume che le aree sarebbero utilizzate da una limitata cerchia di persone, per ciò stesso escludendo un uso protratto riferibile a tutti gli appartenenti alla comunità territoriale. Senza dire che l’asilo di cui si legge nel provvedimento, chiuso con ordinanza sindacale del 30.10.2016, non è stato riaperto.

Allo stesso modo, l’ulteriore circostanza valorizzata nel provvedimento, secondo cui l’apposizione dei cancelli per cui vi è causa soddisferebbe “un esiguo numero di condomini e/o soggetti interessati”, costituisce riconoscimento dell’inesistenza di qualsivoglia diritto di uso pubblico, nel quale caso, ovviamente, l’Amministrazione non avrebbe svolto una valutazione comparativa dell’interesse del Condominio rispetto a quello della collettività.

Nessun dubbio, pertanto, sul fatto che il provvedimento gravato non adduca alcuna prova - e a ben vedere nemmeno affermi - che le aree di parcheggio in esame siano utilizzate da una collettività indeterminata di individui. Manca dunque il presupposto fondante la costituzione della preteso diritto o servitù di uso pubblico, essendo del tutto pacifico che, a tal fine, occorre un “uso generalizzato del passaggio da parte di una collettività indeterminata di individui, considerati uti cives in quanto portatori di un interesse generale, non essendo sufficiente un’utilizzazione uti singuli, cioè finalizzata a soddisfare un personale esclusivo interesse per il più agevole accesso ad un determinato immobile di proprietà privata” (per tutte, cfr.: Cass. civile, Sez. II, 29.11.2017, n. 28632).

D’altra parte, contrariamente a quanto afferma la controinteressata, il preteso uso generalizzato dell’area “per la sosta ed il passaggio di autoveicoli” è non solo privo di prova, ma smentito, sotto molteplici profili.

In primo luogo, il fatto che il condominio abbia inteso installare i cancelli solo dopo che il Comune ha istituito i parcheggi a pagamento nella zona circostante denota che, sino ad allora, non vi era stato alcun “uso generalizzato” delle aree in esame. Ma ciò che ulteriormente smentisce il preteso uso generalizzato, è proprio la conformazione e la collocazione delle aree, il cui esame evidenzia l’assenza dell’ulteriore requisito per la costituzione del preteso diritto di uso pubblico, vale a dire “l’oggettiva idoneità a soddisfare il fine pubblico”.

Le due aree condominiali, vale a dire quella costeggiata da via Treggiari e quella parallela alla via Guglielmi, possono essere attraversate dal traffico veicolare solo a condizione che, deviando dalle dette vie, gli automezzi imbocchino i varchi che danno accesso a tali aree e, dopo averle percorse, si reimmettano sulle medesime pubbliche vie, utilizzando il secondo varco presente su ciascuna di tali aree. È la stessa conformazione delle aree a smentire il preteso (e non provato) uso da parte della collettività, atteso che l’accesso alle predette aree può essere funzionale esclusivamente all’accesso al complesso edilizio.

Le suesposte circostanze attestano, dunque, l'inesistenza sia di un uso da parte della collettività sia del fine pubblico cui pure, come è noto, il diritto di uso pubblico deve necessariamente essere strumentale. Il solo interesse che tale asserito diritto d'uso soddisferebbe, sarebbe infatti quello della controinteressata società S.ED.I. che, in quanto proprietaria dei locali commerciali posti al piano terra, vorrebbe - in contrasto con quanto previsto dalla convenzione dalla stessa sottoscritta - che l'area fosse destinata alla fruizione degli avventori delle attività collocate nei propri locali siti al piano terra, avventori che avrebbero così agio di parcheggiare i rispettivi autoveicoli su aree di proprietà del Condominio e destinate a parcheggio condominiale.

Non è un caso che, pur a seguito di una laboriosa istruttoria, il Comune di Foggia abbia assentito l'intervento, così riconoscendo l'inesistenza di un diritto di uso pubblico (e di qualsivoglia pregiudizio all'interesse pubblico), salvo poi a tornare sui propri passi, corvivo alle sollecitazioni e alle argomentazioni della società controinteressata.

V - Acclarata l'inesistenza dei requisiti per la costituzione di un diritto reale in danno del ricorrente, per completezza si procede a esaminare le ulteriori asserzioni contenute nelle memorie difensive delle parti resistenti, asserzioni che, in totale assenza di prova dei già richiamati requisiti costitutivi del diritto di uso pubblico, appaiono inconferenti e prive di rilievo.

Quanto al fatto che il Condominio non abbia sempre ostentato la natura e la destinazione dell'area, la ricorrente osserva (in questo non contraddetta) che le targhe di marmo cui fa riferimento la controinteressata fossero originariamente apposte anche sulle aree che qui interessano e venissero poi coperte, a seguito di un intervento di manutenzione delle aree stesse.

Quanto ai dissuasori, oltre quelli cui fa riferimento la controinteressata, ve ne sono altri, apposti in epoca più risalente, sulla via Treggiari (si intravedono sulla parte destra del documento fotografico prodotto dalla controinteressata in data 20/10/2020, sub 25), a riprova dell'ostentazione del pieno diritto del Condominio.

Quanto al dedotto fatto che nelle "mappe stradali cittadine... gli spazi in questione sono rappresentati come parti integranti delle vie L. Treggiari e A. Guglielmi, ovvero sono segnalati con la medesima numerazione civica progressiva che contraddistingue le entrate dei negozi che si affacciano su di essi", trattasi di circostanza del tutto inconferente. Infatti, nel presente giudizio non si discute della natura pubblica o privata di una strada, o meglio di due strade (via Treggiari e via Guglielmi), bensì dell'asserita esistenza di un diritto di uso o di servitù su due aree di parcheggio costeggiate da tali strade e dalle stesse separate mediante marciapiedi alberati. Le stesse parti resistenti riconoscono che si tratta di aree destinate al parcheggio (e non di strade) e non si vede perché mai le mappe stradali, per definizione deputate a indicare le strade (e non i parcheggi), dovrebbero contrassegnare le due aree condominiali, che sono sì lambite da tali strade ma che altrettanto evidentemente non ne fanno parte. È dunque chiaro che, nel caso in esame, la toponomastica comunale - in disparte ogni altra considerazione, e dunque anche a voler

prescindere dall'assenza di un formale provvedimento che includa espressamente le aree in esame fra le pubbliche vie - è irrilevante. Del pari irrilevante è il fatto che le attività commerciali collocate al piano terra siano contrassegnate da distinti numeri civici; ciò tanto più considerando che - come è noto - l'attribuzione di numeri civici molteplici caratterizza tutti i complessi edilizi costituiti da più corpi di fabbrica, o da unità immobiliari funzionalmente autonome e destinate ad uso diverso da quello residenziale.

Non è neppure provato che l'Amministrazione comunale abbia mai effettuato interventi di manutenzione delle aree in esame.

Quanto alla pretesa collocazione di infrastrutture pubbliche sulle aree de quibus, di cui pure argomenta la controinteressata e che verosimilmente ha inteso documentare con la produzione fotografica del 20/10/2020 (invero riguardante la sola area di via Treggiari) si osserva che la circostanza per cui un'area privata contigua a una strada pubblica fruiscia del servizio di illuminazione destinato a tale strada, evidentemente non può costituire indice sintomatico del preteso uso pubblico. Ciò è tanto più vero nel caso in esame in cui, come pure documenta la produzione fotografica della controinteressata (foto 26, produzione del 20/10/2020), gli impianti di illuminazione sono posti sul marciapiede di proprietà pubblica e non già all'interno dell'area condominiale.

Identico discorso vale per il servizio fognario. Anche a voler ignorare che le condotte fognarie si diramano sino ai fabbricati ad esse allacciati (attraversando necessariamente il sottosuolo, pubblico o privato che sia), si osserva che il tombino riprodotto nella documentazione fotografica allegata da controparte (foto n. 28 scattata dall'interno dell'area di parcheggio adiacente alla via Treggiari) è posto sul marciapiede esterno all'area de qua. Anche in tal caso, si tratta dunque di documentazione inconferente sia in assoluto sia con riguardo alla specifica fattispecie in esame.

Resta infine da precisare che tutte le suesposte ragioni elidono in radice anche la ricorrenza della *dicatio ad patriam*, pure richiamata dalla controinteressata, istituto la cui ricorrenza è esclusa sia da quanto finora esposto, sia dallo stesso tenore letterale della convenzione di lottizzazione, che inequivocabilmente destina l'area a parcheggio condominiale (e non già ad *patriam*).

In definitiva, tutte le asserzioni contenute negli scritti difensivi delle parti resistenti, oltre che palesemente finalizzate a una non consentita integrazione del provvedimento gravato, non scalfiscono le censure articolate nel ricorso introduttivo, che pertanto deve essere accolto.

VI – In conclusione, il ricorso va accolto. Le spese del giudizio, in parte compensate, per la restante parte seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune resistente alle spese del giudizio sostenute dal ricorrente che liquida in euro 1.000,00, oltre Iva, c.p.a. e rimborso del contributo unificato, compensando tra le parti le restanti spese.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020, tenutasi in modalità telematica, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente, Estensore

Carlo Dibello, Consigliere

Giacinta Serlenga, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO