



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 645 del 2017, proposto da: Baia di Gairo S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Rossi, Marcello Patrizio Mereu, con domicilio eletto presso lo studio Antonello Rossi in Cagliari, via Ada Negri n. 32;

contro

Comune di Gairo, Servizio Tecnico del Comune di Gairo, Corpo Unico di Polizia Locale Unione dei Comuni della Valle del Pardu e dei Tacchi Ogliastra Meridionale, Prefettura Ufficio Territoriale del Governo di Nuoro, Corpo Forestale e di Vigilanza Ambientale Regione Sardegna Servizio Territoriale Ispettorato Ripartimentale di Lanusei, Corpo Forestale e di Vigilanza Ambientale Regione Sardegna Direzione Generale, Regione Autonoma della Sardegna, Assessorato Regionale della Difesa dell'Ambiente non costituiti in giudizio; Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliato in Cagliari, via Dante,

23;

Amministrazione Comunale di Gairo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Matteo Stochino, con domicilio eletto presso il suo studio in Lanusei, via Umberto n. 111;

per l'annullamento

a) dell'ordinanza contingibile e urgente n. 25 dell'1.8.2017, notificata via p.e.c. in pari data, con la quale il Sindaco del Comune di Gairo ha ordinato a Baia di Gairo s.p.a. “di provvedere, immediatamente e, comunque, entro e non oltre 3 (tre) giorni dal ricevimento della presente, alla rimozione di ogni e qualsiasi sbarramento e/o recinzione che impediscono il libero transito sulle vie di accesso alle spiagge “Su Sirboni” e “Cala e Luas” nella Marina di Gairo, Foglio 48, mappali 140, 151, 144, 159 e 184” o, in caso di inottemperanza del privato, al Responsabile del Servizio Tecnico comunale “previa realizzazione di tutti gli interventi di manutenzione che si renderanno necessari per garantire l'accesso a persone e mezzi secondo quanto previsto dall'Ispettorato Ripartimentale di Lanusei con Determina n. 1735 del 30.05.2017”;

b) ove occorra, della nota trasmessa via p.e.c. in data 10.7.2017, concernente diffida a Baia di Gairo s.p.a. a “rimuovere, entro il termine di 10 giorni dal ricevimento della presente, le barriere e le recinzioni dai terreni di proprietà comunale, oggetto di trattazione” e, nel contempo, comunicato l'avvio del procedimento ex art. 7 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 finalizzato allo “sgombero delle aree di cui ai Mappali del Comune di Gairo n. 47 e n. 48”;

c) sempre ove occorra:

- del nulla osta alla manutenzione e ripristino di piste in località “Su Sirboni – Capo d'Asta” rilasciato dal Corpo Forestale e di Vigilanza Ambientale – Servizio Territoriale Ispettorato Ripartimentale di Lanusei con determinazione n° 1735 del 30.5.2017 – prot. n. 32699 (conosciuto solo per estremi);

- del verbale sopralluogo eseguito dal Corpo di Polizia Locale – Presidio Comunale di Gairo e comunicato al Comune di Gairo con nota prot. n. 3730 del 7.7.2017 (conosciuto solo per estremi);

d) di ogni ulteriore atto presupposto, conseguente e/o consequenziale, con espressa riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e dell'Amministrazione Comunale di Gairo;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2018 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Esponde la ricorrente di essere proprietaria di un'area in località Marina di Gairo - Capo d'Asta, contraddistinta al N.C.T. al Fg. 47, Mapp. 10, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 39, 40 e 41, nonché al Fg. 48, Mapp. 10, 17, 22, 105, 115, 116, 118, 119, 120, 129, 130, 131, 132, 133, 138, 140, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 156, 159 166, 167, 170, 178, 179, 180, 181, 183, 184 e 185.

Con atto a rogito Notaio Bianchi Rep. n. 9626, Racc. n. 2076 in data 25.1.1975, registrato il 5.2.1975, tra Baia di Gairo s.p.a. e il Comune di Gairo veniva stipulata una convenzione di lottizzazione per la realizzazione, nei terreni sopra specificati, di un complesso edilizio costituito da immobili ad uso abitativo, strutture ricettive alberghiere e servizi.

La ricorrente si impegnava a cedere a titolo gratuito all'Amministrazione comunale la porzione di area da destinare a opere di urbanizzazione secondaria (parcheggi,

verde pubblico, parco giochi, centro per l'infanzia e centro sociale con annessa biblioteca).

Afferma la ricorrente che sono venuti meno i presupposti normativi e regolamentari sui quali la convenzione di lottizzazione si fondava.

Lo stesso Giudice Amministrativo, afferma sempre la ricorrente, ha stabilito in via definitiva, e nel contraddittorio nel Comune di Gairo, l'intervenuta decadenza del Piano di lottizzazione in conseguenza del decorso dell'ordinario termine decennale entro il quale sarebbero dovute essere avviate e ultimate le opere di urbanizzazione primaria e secondaria (T.a.r. Sardegna, sentenza n. 1488/2007, definitivamente passata in giudicato).

Con provvedimento prot. n. 1729 del 27.3.2017 l'Amministrazione, sul presupposto di essere divenuta proprietaria - in forza della sopra citata convenzione di lottizzazione - delle suddette aree, comunicava alla Società ricorrente di voler procedere, a partire dal giorno 10.4.2017, alla rimozione forzata di "barriere e recinzioni che limitano fortemente la fruizione delle spiagge pubbliche ivi esistenti e rendono oltremodo gravoso il servizio di salvamento a mare".

Con nota trasmessa via p.e.c. in data 8.4.2017, Baia di Gairo s.p.a. rappresentava la propria disponibilità a consentire un più agevole accesso all'arenile, quantomeno al fine di garantire l'attivazione del servizio di salvamento a mare.

La ricorrente evidenziava anche l'illegittimità del provvedimento nella parte in cui pretendeva di attribuire in via autoritativa all'Amministrazione il potere di rimuovere le recinzioni che delimitano la proprietà della Società, visto che la sopravvenuta inefficacia della convenzione di lottizzazione risalente al 25.1.1975 aveva impedito il perfezionamento della cessione delle medesime aree al Comune.

Con p.e.c. in data 10.7.2017 il Comune diffidava nuovamente la Società a rimuovere "le barriere e le recinzioni dai terreni di proprietà comunale" e

comunicava l'avvio del procedimento finalizzato allo "sgombero delle aree di cui ai Mappali del Comune di Gairo n. 47 e n. 48".

Con nota in data 19.7.2017 la ricorrente presentava osservazioni ex art. 10 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, con le quali ribadiva le argomentazioni contenute nella precedente nota dell'8.4.2017 e domandava, per l'effetto, l'immediato annullamento e/o revoca della diffida.

Il Sindaco del Comune di Gairo ha quindi, con ordinanza, imposto la rimozione "di ogni e qualsiasi sbarramento e/o recinzione che impediscono il libero transito sulle vie d'accesso alle spiagge "Su Sirboni" e "Cala e Luas" nella Marina di Gairo, Foglio 48, mappali 140, 151, 144, 159 e 184".

Avverso gli atti in epigrafe indicati è insorta la ricorrente deducendo le seguenti censure:

violazione e falsa applicazione degli artt. 50 e 54 del d.lgs. n. 267/2000, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e falsità del presupposto, eccesso di potere per sviamento, eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza della motivazione, ingiustizia manifesta, violazione del principio di uguaglianza, di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione, violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dei principi generali sul giusto procedimento.

Si costituiva il Comune di Gairo chiedendo il rigetto del ricorso.

Si costituiva altresì il Ministero dell'Interno eccependo il difetto di legittimazione passiva.

Alla camera di consiglio del 14 settembre 2017 la domanda cautelare veniva accolta.

Alla udienza pubblica del 21 marzo 2018 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Va anzitutto esaminata l'eccezione sollevata dal Ministero dell'Interno che afferma il proprio difetto di legittimazione passiva.

L'eccezione è fondata.

Nelle ipotesi di impugnazione delle ordinanze adottate dal sindaco ex art. 54 T.u.e.l., adottato con d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, sussiste non solo la legittimazione passiva in capo al Comune, ma anche il difetto di legittimazione passiva di altre amministrazioni statali nelle stesse ipotesi, atteso che l'imputazione giuridica allo Stato degli effetti dell'atto dell'organo del Comune ha una natura meramente formale, nel senso che non per questo il Sindaco diventa organo di un'amministrazione dello Stato, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, senza che il suo status sia modificato (Consiglio di Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2221, T.a.r. Sardegna, sez. I, 3 novembre 2017, n. 679).

Il Ministero dell'Interno deve pertanto essere estromesso dal giudizio per difetto di legittimazione passiva.

Nel merito il ricorso è fondato.

Occorre svolgere alcune considerazioni di carattere generale.

Con il termine ordinanza si richiamano quei provvedimenti autoritativi che impongono o vietano o regolano. Essi esprimono un comando più articolato rispetto al semplice ordine poiché le ordinanze conseguono ad un processo valutativo. Esse, in altri termini, sono caratterizzate da ampia discrezionalità.

Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti costituiscono attuazione concreta di un potere extra ordinem attribuito al Sindaco quale rappresentante della comunità locale per far fronte ai casi di emergenza sanitaria o igienica a carattere esclusivamente locale (art. 50 comma 5 TUEL) ovvero quale ufficiale del Governo al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana (art. 54 comma 4 TUEL).

Nell'ambito del “genere” ordinanza si usa distinguere le ordinanze di necessità e le ordinanze di necessità e di urgenza. Nel primo caso, si tratta di atti tipici, predeterminati nel loro contenuto e negli altri elementi essenziali, nel secondo caso, invece, il contenuto delle ordinanze non è predeterminato. Ciò non significa che esso sia del tutto libero.

I contenuti dell'ordinanza contingibile e urgente sono conformati in astratto dal fine per cui è attribuito il relativo potere. In concreto, si devono conformare alla situazione di necessità cui si deve far fronte.

Quindi l'ordinanza deve essere coerente nei contenuti con il suo specifico presupposto oggettivo.

Questo significa che solo nei casi in cui l'ordinamento non abbia disciplinato altro possibile strumento adatto alla situazione concreta, è possibile ricorrere all'ordinanza di necessità e di urgenza.

Si tratta di una soluzione eccezionale e residuale.

In presenza di norme che attribuiscono poteri idonei a regolare la situazione concreta l'amministrazione non può ricorrere a poteri extra ordinem.

Caratteristiche essenziali delle ordinanze sono, in definitiva, l'atipicità e l'indeterminatezza.

Si tratta di caratteristiche funzionali all'elasticità dei possibili contenuti ed è la ragione per cui l'adozione di questi atti deve essere circoscritta a casi eccezionali rigorosamente definiti dai presupposti della contingibilità e dell'urgenza.

Occorre domandarsi quindi quali siano i presupposti, in concreto, per adottare un'ordinanza contingibile e urgente.

Essi sono individuati da una giurisprudenza ormai del tutto pacifica che il Collegio ha già richiamato nell'esame della domanda cautelare.

E' qui sufficiente ribadire che il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti ha natura residuale; il suo esercizio presuppone la necessità di

provvedere in via d'urgenza con strumenti extra ordinem per far fronte a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale ed imminente per l'incolumità pubblica, cui non si può provvedere con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento; i provvedimenti in parola sono perciò connotati da provvisorietà e temporaneità quanto agli effetti e da proporzionalità rispetto al pericolo cui ovviare; è pertanto illegittimo adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia "urgenza" di provvedere, cioè l'assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile a tutela della pubblica incolumità (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 14/11/2017, n. 5239).

Nessuno di questi presupposti sussiste nel caso che qui occupa il Collegio.

E' sufficiente precisare, dopo un esame degli atti di causa che:

- 1) la necessità di garantire il libero transito all'arenile al fine di favorire il servizio di salvamento a mare e il ritiro dei rifiuti e l'accesso dei mezzi di soccorso medico, antincendio e di protezione civile è nota all'amministrazione da lunghissimo tempo;
- 2) la ricorrente ha ripetutamente comunicato la disponibilità (si veda per esempio la nota del 19 luglio 2017, documento 18 produzioni dell'amministrazione) "a consentire l'agevole accesso all'arenile ed a concordare le modalità che possano garantire pienamente l'interesse pubblico alla sicurezza della balneazione";
- 3) il provvedimento adottato dal Sindaco è palesemente privo del requisito della temporaneità.

La difesa dell'amministrazione afferma che il provvedimento emanato dall'Amministrazione comunale di Gairo è da inquadrarsi (anche) nel novero delle ordinanze ex art. 378 L 2248/1865 All. F, utilizzabili dalla P.A. in esplicazione del potere di autotutela possessoria e, per altro verso, di quelli derivanti dalle norme di cui agli articoli 822 e ss. del codice civile, per ripristinare lo stato dei luoghi onde

consentire il libero transito sulle vie di proprietà e/o di uso pubblico (memoria depositata il 19 febbraio 2018).

Ma anche così configurato il provvedimento sarebbe illegittimo.

Questa Sezione ha recentemente chiarito quali sono i presupposti per l'adozione di un atto quale quello che il Comune assume di avere adottato (T.a.r. Sardegna, sez. I, 3 novembre 2017, n. 679).

Ma tali presupposti non sussistono dato che la situazione in questo caso è del tutto particolare.

Il privato non ha interrotto alcun uso pubblico dei beni che da tempo sono nella disponibilità di Baia di Gairo s.p.a. che, per inciso, ha ampiamente argomentato in ordine alla sussistenza del proprio titolo legittimante.

Quale che sia, quindi, la natura del provvedimento che il Sindaco ha adottato, esso resta illegittimo.

Difettano i presupposti per la sua adozione sia che lo si inquadri come ordinanza contingibile e urgente sia che lo si inquadri, come da ultimo classificato dalla difesa del Comune, come atto di autotutela possessoria.

Il Comune quindi, per risolvere le problematiche segnalate, dovrà utilizzare (per tempo) gli ordinari strumenti previsti dall'ordinamento.

Il ricorso è, in definitiva, fondato e deve essere accolto.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Dichiara l'estromissione dal giudizio del Ministero dell'Interno.

Condanna il Comune di Gairo alle spese del presente giudizio in favore della ricorrente, che liquida in € 2.000/00 (duemila/00) oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO