

N. 00042/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03002/2004 REG.RIC.
N. 04279/2004 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3002 del 2004, proposto da:

- Montalbetti Francesco, rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Caru' e Micaela Chiesa, con domicilio eletto presso Micaela Chiesa in Milano, Corso di Porta Vittoria, 47;

contro

- Comune di Sumirago, in persona del Sindaco p.t., non costituito;

sul ricorso numero di registro generale 4279 del 2004, proposto da:

- Montalbetti Francesco, rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Caru' e Micaela Chiesa, con domicilio eletto presso Micaela Chiesa in Milano, Corso di Porta Vittoria, 47;

contro

- Comune di Sumirago, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Ravizzoli, domiciliato ex art. 25 lett. a) c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. in Milano, Via Corridoni n.39;

nei confronti di

- Barneschi Rossella, Bottelli Gianluigi, Maineri Angelo, non costituiti;

per l'annullamento

> quanto al ricorso n. 3002 del 2004:

- della dichiarazione di decadenza dalla d.i.a., prot. n. 2965 del 31.03.2004; unitamente ad atti connessi, in particolare alla nota prot. 528 del 19.01.2004 recante comunicazione di avvio e al verbale di sommarie informazioni del 17.04.2004;

> quanto al ricorso n. 4279 del 2004:

- dell'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi e del pubblico transito su strada di uso pubblico prot. 5229 del 08.06.2004 – n. 939 reg. ord.;

- di ogni altro atto connesso, tra cui il rapporto del sopralluogo del 05.05.2004 del Settore Pol.Locale nonché il rilievo aerofotogrammetrico del 1986.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sumirago nel ricorso n. 4279/2004;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2012 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il signor Francesco Montalbetti è proprietario, in Comune di Sumirago, di un terreno con sovrastante fabbricato costituito dai

mappali nn. 1384 e 1941 ed è comproprietario del mappale n. 1943.

2. In data 06.03.2001 egli presentava denuncia di inizio attività (d.i.a.) prot. 1820 per il completamento della recinzione posta a nord del mappale n. 1943, mediante ultimazione di un preesistente muretto in calcestruzzo con sovrastante rete metallica per una lunghezza di 2 mt., oltre che per una modificazione della recinzione del mappale n. 1384, mediante la smussatura dell'angolo a nord.

3. A seguito della presentazione della d.i.a. e dell'inizio dei lavori, alcuni vicini proponevano ricorso in sede possessoria avanti il Tribunale di Busto Arsizio, sezione distaccata di Gallarate, il quale, ipotizzando la sussistenza di un diritto di passaggio in favore dei ricorrenti, con ordinanza in data 03.08.2001 intimava al sig. Montalbetti la reintegrazione degli istanti nel possesso e nel godimento del passaggio in questione, mediante la rimozione dell'ostacolo frapposto a tale godimento.

4. Ricevuta la notifica della predetta ordinanza, il sig. Montalbetti provvedeva a rimuovere parzialmente la recinzione realizzata sul mappale n. 1943, nella misura strettamente necessaria e sufficiente a consentire il ripristino del passaggio.

5. Si giunge, così, alla pubblicazione della sentenza n.162/03, del 14.05.2003, con cui il Tribunale di Busto Arsizio, sezione distaccata di Gallarate, rigettava la domanda di reintegrazione e, per l'effetto, revocava l'ordinanza emessa all'esito della precedente fase sommaria del giudizio.

6. In forza di tale sentenza il sig. Montalbetti comunicava in Comune, in data 08.01.2004, l'immediata ripresa dei lavori per il completamento delle opere di cui alla d.i.a. prot. 1820, nella parte relativa alla recinzione del mappale n. 1943, mediante il solo rifacimento del tratto di muro rimosso

in esecuzione dell'ordinanza del Tribunale di Busto Arsizio, sezione staccata di Gallarate.

7. Sennonché il Comune, con provvedimento prot. n.2965, del 31.03.2004, comunicava al sig. Montalbetti la decadenza dalla d.i.a. prot. 1820 <<*a seguito dell'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche, di cui alla variante parziale al PRG approvata con deliberazione del C.C. n. 32 del 04 luglio 2002*>>.

8. Contro tale provvedimento è insorto il sig. Montalbetti, con il primo ricorso in epigrafe specificato, notificato in data 31.05.2004 e depositato il successivo 11.06.2004, ravvisandone l'illegittimità sotto più profili.

9. Nessuno si è costituito in giudizio per il Comune di Sumirago.

10. Con provvedimento prot. n. 5229, del 08.06.2004, il Comune di Sumirago ha, poi, ordinato al ricorrente il ripristino dello stato dei luoghi, <<*da attuarsi mediante rimozione della rete metallica per una larghezza di metri 1,10 circa posata in fregio al mappale n. 1943 sez. cens. Caidate a chiusura della strada pedonale ..., al fine di ripristinare il pubblico transito pedonale di cui in premessa*>> (cfr. all. n. 1 doc. ricorrente nel ric. n.4279/2004 R.G.).

11. Da ciò il secondo ricorso specificato in epigrafe, notificato in data 23.09.2004 e depositato in data 05.10.2004, con cui l'istante ha impugnato l'ordinanza di ripristino poc'anzi citata, unitamente ad ogni altro atto ad essa preordinato, consequenziale e comunque connesso (con particolare riferimento al rapporto di sopralluogo del 05.05.2004 del Settore Polizia Locale ed al rilievo aerofotogrammetrico del 1986).

12. I profili di illegittimità rilevati fanno essenzialmente leva sulla violazione degli artt. 7 e 8 della legge n.241/1990; sulla violazione dell'art. 823 c.c.; dell'art. 378 legge n.2248/1865, allegato F; dell'art. 15 d.lgs. n.1446/1918; nonché sull'eccesso di potere sotto più profili.

13. Si è costituito in giudizio il Comune di Sumirago, controdeducendo alle censure avversarie con separata memoria.

14. Nella camera di consiglio del 27.10.2004 la Sezione ha respinto la formulata domanda cautelare.

15. Alla pubblica udienza del 06.12.2012 il Collegio, sentite le parti, ha trattenuto entrambe le cause per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta la riunione del ricorso n. 4279/2004 al ricorso n. 3002/2004, per evidenti ragioni di connessione soggettiva (stesse parti) ed oggettiva (trattandosi dell'impugnazione di atti originati da una medesima vicenda, rappresentata dai lavori eseguiti sul mappale n. 1943, concernenti il completamento di un preesistente muretto in calcestruzzo con sovrastante rete metallica per una lunghezza di 2 mt.).

2. Nel merito, va esaminato dapprima il ricorso n. 3002/2004, con cui il ricorrente denuncia:

2.1. – con i primi due motivi, rubricati in modo pressoché identico: la violazione di legge, con particolare riguardo agli artt. 31, comma 11 legge n.1150/1942; 4 d.l. n.398/1993; 15, comma 4, 23 e 136 del d.P.R. n.380/2001; nonché, l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità, sviamento ed ingiustizia manifesta.

2.1.1. L'esponente lamenta, qui, l'erronea individuazione, da parte dell'amministrazione, della disciplina applicabile alla fattispecie de qua, atteso che, in base al principio del tempus regit actum, il Comune avrebbe dovuto fare riferimento alla disciplina vigente al 31.03.2003, data di adozione del provvedimento di decadenza; a tale data, infatti, secondo la ricostruzione dell'istante, non avrebbe potuto essere disposta alcuna decadenza, non essendo normativamente più prevista la stessa, quantomeno in relazione all'istituto della d.i.a., ex art. 23 d.P.R. n.

380/2001.

2.1.2. D'altro canto, sempre secondo la medesima difesa, anche a voler ritenere applicabile qui l'istituto della decadenza, di esso non ne ricorrerebbero i presupposti. La recinzione sul mappale 1943, oggetto della d.i.a. prot. 1820 del 06.03.2001 e per la quale sarebbe intervenuta la pronuncia di decadenza, sarebbe stata iniziata e ultimata, precisa l'esponente, molto prima della modifica della pianificazione urbanistica comunale (risalente all'anno 2002), a cui sarebbero ricondotte le previsioni incompatibili con l'opera in questione; l'opera sarebbe, quindi, anteriore all'anno 2002 e avrebbe subito, bensì, una parziale demolizione, ma solo per causa di forza maggiore (o per factum principis, per tale dovendosi intendere l'ordinanza di reintegrazione nel possesso pronunciata dal Giudice di Gallarate il 3.08.2001, ottemperata dall'istante il 10.11.2001) non imputabile al ricorrente; a tale situazione, peraltro, l'esponente medesimo avrebbe prontamente rimediato, non appena venuta meno, con la sentenza di merito del 14.05.2003 (di rigetto della domanda di reintegrazione e revoca della pregressa ordinanza), siffatta vis major.

2.2. – Con il terzo motivo, l'esponente deduce, poi, l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità, incongruità, sviamento e ingiustizia manifesta, in quanto sarebbe comunque censurabile l'operato dell'amministrazione che, prima ancora di concretizzare le iniziative volte all'acquisizione dell'area da destinare a servitù di uso pubblico, avrebbe impedito all'istante il legittimo esercizio dello ius excludendi alios.

3. Il ricorso merita accoglimento, nei sensi di seguito esposti.

3.1. L'art. 31 della legge n. 1150/1942 (come modificato dall'art. 10 della legge n. 765/1967) ha previsto, come noto, che la "licenza edilizia" (poi

divenuta “concessione”, con la legge n. 10/1977) non possa avere validità superiore ad un anno e che, qualora entro tale termine i lavori non siano stati iniziati, l'interessato dovrà presentare istanza diretta ad ottenere il rinnovo della licenza (così il co. 10); al successivo co. 11, quindi, è stato espressamente disciplinato il caso dell'entrata in vigore di nuove previsioni urbanistiche, prevedendosi la “la decadenza delle licenze in contrasto con le previsioni stesse, salvo che i relativi lavori siano stati iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data d'inizio”.

3.2. Come evidenziato da risalente giurisprudenza (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, V, 28.06.2000, n. 3638), le due fattispecie di decadenza della concessione edilizia, come sopra identificate (per scadenza dei termini e per sopravvenienza di nuove previsioni urbanistiche), pur avendo fondamenti giuridici diversi, consistenti in limitazioni di efficacia temporale, rispettivamente, a strumento urbanistico generale invariato e in caso di sopravvenienze di nuove previsioni urbanistiche, hanno una comune ragion d'essere pubblicistica, che è quella di assicurare, mediante la corrispondenza dell'attività edificatoria all'ordinamento urbanistico vigente, l'effettività delle previsioni urbanistiche.

3.3. L'art. 31, abrogato dall'art. 136 del d.P.R. n. 380/2001 con decorrenza dal 30.06.2003 (ex art. 138 stesso decreto, e succ. mod.), è stato sostituito, nelle parti che qui interessano, dagli artt. 15, co. 2 del d.P.R. n. 380/2001 (quanto ai termini di inizio e di ultimazione dei lavori afferenti il permesso di costruire) e 23, co. 2 (quanto a termine massimo di efficacia triennale, afferente la d.i.a.); quanto alla decadenza dal titolo, invece, essa rimane, per espressa previsione dei co. 2 e 4 dell'art. 15 cit., soltanto per il permesso di costruire. In particolare, ai succitati commi è prevista la decadenza dal permesso, sia in caso di

decorso dei termini (in mancanza di richiesta di proroga anteriormente alla scadenza), che per l'ipotesi di sopravvenienza di contrastanti previsioni urbanistiche e <<salvo che i lavori siano già iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio>>.

3.4. La legge regionale Lombardia n. 12/2005 ha aggiunto alla disciplina nazionale, per quanto qui d'interesse, soltanto l'indicazione, a proposito della d.i.a., del termine di un anno per l'inizio dei lavori (art. 42, co. 6, legge cit.).

3.5. Conseguendo da ciò che, alla data di adozione del provvedimento di decadenza (31.03.2004), qui contestato, l'art. 31 cit. era effettivamente abrogato e sostituito dalle su richiamate norme del d.P.R. n. 380/2001.

3.6. Si tratta, allora, di stabilire se - pur non essendo espressamente prevista la decadenza con riferimento alla d.i.a. - la stessa possa ritenersi ammissibile in forza della previsione di cui all'art. 15 d.P.R. cit.

3.7. Ebbene, il Collegio ritiene che la soluzione al suesposto quesito non possa che essere affermativa, con riferimento ad entrambe le ipotesi già in precedenza contemplate dall'art. 31 (per scadenza dei termini, a pianificazione invariata; per sopravvenienze contrastanti, in caso di mancato inizio o ultimazione dei lavori nei prescritti termini).

3.7.1. A favore di tale opzione interpretativa milita, infatti, la stessa ratio sottostante la previsione della decadenza che, come già detto, mira a salvaguardare l'effettività della pianificazione urbanistica.

Non v'è ragione che possa giustificare, in tal senso, un trattamento differenziato in caso di interventi assentiti con permesso di costruire rispetto a quelli ammessi per d.i.a.

Anche la modalità abilitativa alla realizzazione dell'intervento edilizio che si determina in base al meccanismo della d.i.a. (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV - sentenza 4 settembre 2012 n. 4669) deve, infatti, essere

assoggettata a termini certi di efficacia, così da preservare la certezza temporale dell'attività di trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio, evitando, al contempo, che il potere di pianificazione urbanistica dell'amministrazione sia condizionato da situazioni pregresse, perduranti senza limiti di tempo.

Ne consegue che, anche rispetto alla d.i.a., detti limiti temporali si atteggiavano come fatti decadenziali rispetto ai lavori non eseguiti.

3.7.2. Il provvedimento di decadenza presenta, quindi, anche qui, come in caso di permesso di costruire, carattere vincolato e dichiarativo, dovendo l'amministrazione verificarne i relativi effetti senza margini di discrezionalità, ma pur sempre basandosi su una motivazione che evidenzia l'effettiva sussistenza dei suoi presupposti di fatto (cioè il mancato inizio/ultimazione dei lavori e l'entrata in vigore del piano regolatore incompatibile col titolo in precedenza rilasciato).

In tal senso, si registra un ampio orientamento giurisprudenziale che - in tema di valutazione dei presupposti indispensabili per configurare un effettivo inizio dei lavori, al fine di scongiurare la decadenza - sottolinea lo spessore del potere di valutazione spettante qui all'amministrazione, facendo leva sull'insufficienza di una valutazione in via generale e astratta e sulla necessità di uno specifico e puntuale riferimento all'entità e alle dimensioni dell'intervento edificatorio autorizzato (cfr. Cons. Stato, V, 16.11.1998, n. 1615; id. 01.10.2003 n. 5648, per cui in caso di dimensioni modeste dell'intervento anche un semplice sbancamento può valere come inizio efficace ai fini dell'impedimento della decadenza; id. 29.01.2003 n. 453, sulle cause che possono integrare una causa di forza maggiore idonea a sospendere i termini ex art. 4, co. 4 legge n. 10/1977; id. IV, 18 maggio 2012 n. 2915, per cui l'inizio dei lavori idoneo ad impedire la decadenza del permesso di costruire può ritenersi sussistente

quando le opere intraprese siano tali da evidenziare l'effettiva volontà di realizzare il manufatto).

3.8. Appurato, quindi, come anche al caso di intervento ammesso in base a d.i.a. sia applicabile la decadenza di cui al cit. art. 15, resta da verificare se, nella specie, l'amministrazione abbia o meno fatto corretta applicazione di tale previsione.

4. Ebbene, esaminando la documentazione versata in atti da parte ricorrente, la risposta non può che essere negativa, atteso che:

- i lavori oggetto della d.i.a. prot. 1820 del 06.03.2001 (doc. n.4 di parte ricorrente) – con particolare riferimento alla realizzazione della recinzione sul mappale 1943 - erano stati iniziati e terminati sin dal 21.03.2001, come ricavabile dall'ordinanza di applicazione della sanzione pecuniaria (cfr. allegato sub doc. n. 6), inflitta per avere iniziato i lavori prima del decorso del termine assegnato alla p.a. per l'esercizio del potere inibitorio;

- si tratta, peraltro, di lavori di modesta entità, ultimati ben prima delle sopravvenienze urbanistiche con essi asseritamente contrastanti (di cui alla d.C.C. n. 32/2002) e, comunque, nel rispetto del termine di efficacia della d.i.a. (come ricavabile dall'ordinanza di reintegrazione nel possesso pronunciata dal Giudice di Gallarate in data 3.08.2001).

4.1. A diverse conclusioni non può indurre, come auspicato dalla difesa resistente, la circostanza che, successivamente alla realizzazione dell'intervento, l'esponente abbia dovuto demolirne una parte, in ottemperanza alla predetta ordinanza possessoria.

4.2. Occorre, in effetti, correttamente qualificare l'attività posta in essere dal ricorrente in ottemperanza alla ridetta ordinanza, ottenuta – come già accennato - in sede sommaria dai vicini del sig. Montalbetti, nell'ambito del giudizio incardinato lamentando la turbativa nel

possesso della servitù di passaggio, asseritamente esistente sul fondo del ricorrente e ostacolata dalla recinzione de qua (giudizio conclusosi, allo stato, con la sentenza di rigetto del 14.05.2003).

4.3. Al riguardo, il Collegio ritiene che – la regressione dell'intervento edilizio oggetto della d.i.a. prot. 1820 ad uno stadio precedente a quello di ultimazione, posto in essere, in costanza di una d.i.a. pienamente efficace – essendo stato causato dalla necessità di ottemperare ad un ordine del Tribunale (di Busto Arsizio, s. Gallarate), non può dare adito ad una decadenza ai sensi del cit. art. 15.

Ciò in quanto, in siffatte evenienze, non è configurabile quella situazione di volontaria inattività (del soggetto legittimato alla realizzazione dei lavori oggetto di d.i.a.) che, per quanto sopra evidenziato, giustifica la dichiarazione di decadenza.

Nessuna inattività appare, quindi, addebitabile all'istante il quale, come ricavabile dagli atti di causa, ha con successo coltivato il giudizio di merito dinanzi all'A.G.O., pervenendo ad una sentenza che, respingendo la domanda di reintegrazione, ha eliminato l'ostacolo frapposto alla realizzazione della recinzione, consentendo così al ricorrente di ripristinare lo status quo ante (arg. a contrariis, in tema di cause di forza maggiore preclusive della decadenza, Cons. Stato, IV, 10 agosto 2007 n. 4423, per cui: <<Non può impedire la pronuncia di decadenza di una concessione edilizia per mancato inizio dei lavori o per la loro mancata ultimazione nei termini un sequestro giudiziario che non ha riguardato il cantiere o il luogo dell'erigendo fabbricato, ma solo le pratiche relative a richieste di concessioni edilizie ed i pareri espressi dalla commissione edilizia>>).

5. Risulta, pertanto, fondato il secondo motivo di ricorso, con cui l'esponente ha lamentato l'assenza dei presupposti giustificativi della

decadenza.

5.1. Incidentalmente, va comunque osservato come la ridetta recinzione, parzialmente demolita a fine 2001 per la suddetta causa di forza maggiore, risulti ripristinata entro il termine di efficacia della d.i.a.; in tal senso, la modesta entità dell'opera e la documentazione allegata da parte ricorrente (sub doc. n. 14, relativo alla fattura per i lavori di stesura rete metallica, fissaggio e sistemazione del terreno) convincono il Collegio in ordine alla veridicità dell'affermazione di parte ricorrente, circa l'ultimazione dei lavori di ripristino della recinzione – nel breve tratto in precedenza demolito – entro il mese di gennaio 2004 e, dunque, entro il termine triennale di efficacia della d.i.a. (anche perché, sul punto, nessuna controdeduzione proviene da parte resistente, neppure costituita in giudizio).

6. In definitiva, da quanto sin qui esposto, emerge che i lavori per la realizzazione della recinzione sul mappale 1943 sono stati eseguiti nella perdurante efficacia della predetta d.i.a. e, per tale ragione, essa deve restare insensibile alle modifiche introdotte con la variante di piano, di cui alla d.C.C. n. 32 del 4.07.2002. Da ciò l'illegittimità dell'impugnata decadenza, per insussistenza dei relativi presupposti giustificativi.

7. Per le precedenti considerazioni, assorbiti i profili non espressamente scrutinati, il ricorso n. 3002/2004, in epigrafe specificato, deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento con esso impugnato.

8. Passando ad esaminare il ricorso n. 4279/2004, qui il ricorrente si duole dell'ordinanza di riduzione in pristino in epigrafe specificata, adottata dal Comune di Sumirago sul presupposto dell'esistenza di un passaggio pedonale di uso pubblico a favore della collettività, ostacolata dalla recinzione posta sul mappale 1943.

8.1. In particolare, i motivi di ricorso fanno leva:

8.1.1. sulla violazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990, poiché l'ordinanza in questione non sarebbe stata preceduta da idonea comunicazione di avvio del relativo procedimento;

8.1.2. sulla violazione dell'art. 823 c.c.; violazione dell'art. 378 legge n.2248/1865, allegato F; violazione dell'art. 15 d.lgs. n.1446/1918; poiché sarebbe indimostrato il presupposto dell'ordinanza, erroneamente radicato sull'esistenza di un diritto di uso pubblico sul fondo di proprietà del ricorrente;

8.1.3. sull'errata interpretazione della norma di piano che, in quanto volta ad imporre un vincolo preordinato all'esproprio, non potrebbe essere richiamata per impedire il legittimo esercizio dello ius excludendi alios mediante l'apposizione di recinzioni.

8.2. Dal canto suo, il Comune di Sumirago ha sostenuto che, il percorso pedonale ad uso pubblico, definito dal tracciato del sentiero che dalla via Trento raggiunge la via Vittoria e che interessa anche il mappale n. 1943 di proprietà del ricorrente, sarebbe stato individuato già con la variante del 2002 al PRG (di cui alla d.C.C. n.32/2002 cit.) in funzione ricognitiva di un sentiero già esistente, ostacolato dalla recinzione in parola.

9. Anche il ricorso n.4279/2004 merita accoglimento, secondo quanto di seguito specificato.

9.1. Il primo motivo è fondato, atteso che l'ordinanza impugnata erroneamente richiama la comunicazione di avvio del 19.01.2004 che, come correttamente rilevato da parte ricorrente, fa riferimento ad altro provvedimento (la dichiarazione di decadenza impugnata col primo ricorso).

Al riguardo, non si può ritenere che, trattandosi di un'unica vicenda, una

comunicazione di avvio concernente specificamente l'ordinanza di riduzione in pristino sarebbe stata un inutile appesantimento del procedimento, atteso che i due provvedimenti presentano presupposti, causa ed effetti diversi e conseguono, quindi, a distinti procedimenti.

9.1.1. In concreto, mentre il provvedimento di decadenza è focalizzato sulla sopravvenienza di previsioni urbanistiche contrastanti con la d.i.a. e, quindi, sul (come già visto, erroneo) presupposto della mancata ultimazione dei lavori nel termine di efficacia della d.i.a., l'ordinanza di ripristino si basa sull'unica premessa della preesistenza di un diritto di uso pubblico sul mappale 1943 cit.

In altri termini, detta ordinanza annette, alla previsione di cui alla variante del 2002, avente ad oggetto il percorso pedonale che dalla Via Trento raggiunge la Via Vittoria, un valore ricognitivo della situazione "di fatto" esistente, "a seguito del passaggio protratto nel tempo" (cfr. pg. 2 ordinanza impugnata) estraneo, in siffatti termini, al provvedimento di decadenza in precedenza adottato dalla medesima amministrazione.

Senonché, è indubbio che, su tale specifica connotazione del percorso in parola, l'esponente non è stato posto nelle condizioni di fornire il proprio apporto in sede procedimentale, trattandosi di una tematica diversa da quella di cui era stato in precedenza investito, con la comunicazione di avvio del 19.01.2004.

In precedenza, giova ribadire infatti, l'attenzione era stata focalizzata sui presupposti della decadenza per mancata realizzazione dei lavori, mentre, ora, il punto controverso concerne l'esistenza o meno di un diritto di uso pubblico sul sentiero in questione.

Su tale presupposto, per vero, l'amministrazione avrebbe dovuto acquisire l'apporto da parte del soggetto interessato, attraverso una sua

fattiva partecipazione in sede procedimentale, a cui la comunicazione di avvio, qui omessa, sarebbe stata preordinata.

9.2. Anche il secondo e terzo motivo, da esaminare congiuntamente in quanto strettamente connessi, risultano fondati.

9.2.1. In tal senso, va rilevato come le ragioni dell'amministrazione, laddove essa invoca la natura ricognitiva della previsione delle aree destinate alla viabilità, non appaiono adeguatamente supportate sotto il profilo istruttorio.

In effetti, ad un più approfondito esame rispetto a quanto rilevato in sede di cognizione sommaria, ritiene il Collegio che, la documentazione versata in atti (cfr. doc. nn. 9 e 10 del ricorrente), con particolare riguardo alla scheda n. 14 allegata alla d.C.C. n.9/2002, di adozione della variante al PRG (che fa riferimento alla "previsione" di una strada di collegamento e alla "individuazione" del relativo tracciato come "nuova strada di piano") deponga più a favore della portata programmatica che non a favore della portata ricognitiva della previsione del 2002, richiamata nelle premesse dell'atto impugnato.

In tal senso, giova precisare come, gli elementi offerti da parte resistente a riprova della preesistenza del diritto di uso pubblico, risultino tutt'altro che univoci, riducendosi ad un rilievo aerofotogrammetrico e ad una foto, riproducenti l'esistenza "fisica" di un tracciato, ma privi di contenuto concludente in ordine all'effettivo uso collettivo del tracciato medesimo.

9.2.2. Sul punto, giova rammentare come, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, costituisca strada pubblica quel tratto viario avente finalità di collegamento, con funzione di raccordo o sbocco su pubbliche vie (Cass. Civ., Sez. II, 7 aprile 2000 n.4345; idem, 28 novembre 1988 n.6412), destinato al transito di un numero

indifferenziato di persone (Cons. Stato, Sez. V, 7 dicembre 2010 n.8624). In particolare, sotto quest'ultimo aspetto, un'area privata è ritenuta assoggettata ad uso pubblico di passaggio quando l'uso avvenga ad opera di una collettività indeterminata di soggetti, considerati uti cives, ossia quali titolari di un pubblico interesse di carattere generale, e non uti singuli, ossia quali soggetti che si trovano in una posizione qualificata rispetto al bene gravato (Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2012 n.728). Ancora, la giurisprudenza ha avuto cura di precisare come l'adibizione ad uso pubblico di un'area possa avvenire mediante la c.d. dicatio ad patriam, con il comportamento del proprietario che metta il bene a disposizione della collettività indeterminata di cittadini, oppure con l'uso del bene da parte della collettività indifferenziata protratto per lunghissimo tempo, di talchè il bene stesso viene ad assumere caratteristiche analoghe a quelle di un bene demaniale (Cass. Civ., Sez. II, 13 febbraio 2006 n.3075).

Insomma, la giurisprudenza con gli enunciati sopra esposti ha affermato che, perché un'area possa ritenersi sottoposta ad un uso pubblico, è necessario, oltreché l'intrinseca idoneità del bene, che l'uso avvenga ad opera di una collettività indeterminata di persone e per soddisfare un pubblico, generale interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2012 n.728; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 15 giugno 2012, n. 3531).

Sulla base di tali coordinate giurisprudenziali si può, quindi, escludere che, nel caso in esame, l'amministrazione abbia fornito elementi probatori significativi in ordine alla caratterizzazione come strada ad uso pubblico del percorso interessante il mappale 1943.

9.2.3. Al riguardo, solo un cenno merita il richiamo contenuto nel provvedimento impugnato alla sentenza del Tribunale di Busto Arsizio (citata in fatto) atteso che, in disparte l'inefficacia di quanto in essa

affermato incidenter tantum, va ribadito che, contrariamente a quanto sostenuto da parte resistente, in nessuna parte della sentenza stessa emerge un riconoscimento dell'esistenza della predetta servitù di uso pubblico.

9.3. In definitiva, quindi, e si può così passare all'esame dell'ultimo motivo, va condivisa l'impostazione del ricorrente quando afferma che, nel caso di specie, lungi dall'essere stata introdotta una previsione ricognitiva di un vincolo preesistente, si è in presenza dell'apposizione di un vincolo preordinato alla futura attività espropriativa da parte della p.a., come tale inidoneo ad impedire la realizzazione di una recinzione sul bene vincolato (cfr T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 11 febbraio 2005, n. 367, secondo cui: "Un vincolo di Prg non può incidere negativamente sulla potestà del proprietario di chiudere il proprio fondo mediante una recinzione, posto che lo "ius excludendi alios", costituente elemento integrale del diritto di proprietà, non contrasta con il suddetto vincolo, non avendo per fine di imprimere all'area una destinazione diversa da quella prevista dalle norme urbanistiche e non limitando in alcuna maniera l'amministrazione nell'esercizio dei poteri, anche ablativi, che dal vincolo discendono").

9.4. Risulta, pertanto, illegittima l'ordinanza di ripristino impugnata, in quanto volta ad ottenere la rimozione di una recinzione sull'erroneo presupposto della sua contrarietà rispetto alla previsione urbanistica di un vincolo preordinato all'esproprio insistente sulla medesima area.

10. Per le suesposte considerazioni, anche il ricorso n. 4279/2004 in epigrafe specificato deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento con esso impugnato.

11. Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico del Comune di Sumirago e a favore del ricorrente, nella misura specificata in

dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa riunione degli stessi, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con essi impugnati.

Pone le spese di lite a carico del Comune di Sumirago e a favore del ricorrente, liquidandole nella misura di complessivi € 3000,00 (tremila euro/00), oltre IVA e CPA.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Concetta Plantamura, Primo Referendario, Estensore

Silvia Cattaneo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2013

IL SEGRETARIO

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

