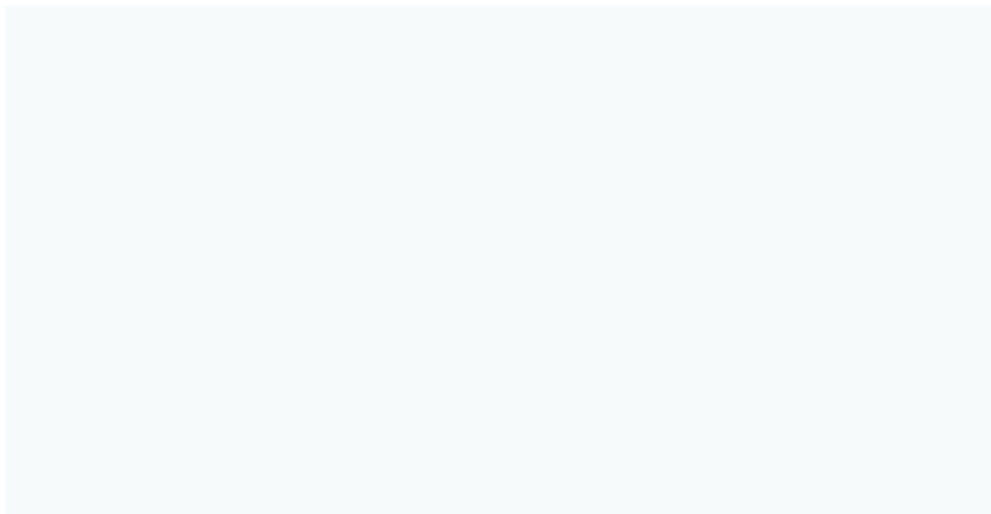




REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Superiore delle acque pubbliche nelle persone dei signori:



GIUDICI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa in sede di legittimità, iscritta al n. R.G. 226 del 2022, vertita

TRA



RICORRENTE

CONTRO



RESISTENTI

OGGETTO: ANNULLAMENTO

dell'ordinanza n. 121 del 13 luglio 2022 del Responsabile dell'Area assetto del territorio del Comune di Barga di demolizione di opere realizzate su area demaniale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Barga e della Regione Toscana;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella udienza collegiale del 29 gennaio 2025, il cons. Cecilia Altavista;

Premesso in fatto e considerato in diritto quanto segue:

Con il presente ricorso è stato impugnato il provvedimento del 13 luglio 2022 con cui il Comune di Barga ha ordinato alla signora Anita Aidinyan, ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, quale possessore e utilizzatrice delle opere, la demolizione delle opere realizzate in località Latrani, in area demaniale, consistenti in un muro in calcestruzzo di altezza tra 1 e 1,5 metri e lunghezza di 15 metri, e l'occupazione del Rio tramite uno scatolare di dimensioni di circa 1,50 per 1,60 metri e lunghezza di circa 5 metri con sovrastante tratto viario, ordinando altresì il ripristino del Rio La Forra e del Rio Latrani.



Il provvedimento era stato preceduto dalla diffida prevista dall'art. 35 del D.P.R. 380 del 2001, notificata alla signora Aidinyan il 9 marzo 2022, quale utilizzatore delle opere abusivamente realizzate su area demaniale, rimasta inottemperata.

La diffida era stata emessa a seguito della comunicazione del 22 febbraio 2021, di avvio del procedimento di verifica della regolarità urbanistico-edilizia, richiesto dal Genio civile regionale e dalla Prefettura di Lucca, nel corso del quale la Polizia municipale e i tecnici comunali di Barga avevano effettuato un sopralluogo, il 16 marzo 2021, accertando la realizzazione delle opere su area demaniale, nonché dai verbali di accertamento di sanzione amministrativa emessi dal Genio civile regionale del 17 novembre 2020 per la violazione dell'art. 5 della legge n. 37 del 1994 per l'alterazione dello stato dei luoghi con pregiudizio del regime idraulico (il verbale n. 38 del 2020 per l'occupazione di area demaniale del Rio Latrani con uno scatolare che consente l'attraversamento del Rio; il verbale n. 39 del 2020 per la deviazione del Rio La Forra e l'occupazione dell'area demaniale del Rio con una strada che conduce all'abitazione della signora Aidinyan), emessi a seguito del sopralluogo del 16 settembre 2020 di personale dei Carabinieri forestali e dei tecnici del genio civile regionale, sollecitato dall'esposto presentato dalla stessa odierna ricorrente al Comune, al Consorzio di bonifica, alla Prefettura di Lucca e alla Procura della Repubblica di Lucca.

Il 17 marzo 2021 la signora Aidinyan ha presentato osservazioni procedurali, mentre il 1° febbraio 2021 aveva presentato osservazioni avverso i verbali di accertamento.

In tali osservazioni evidenziava di non avere realizzato le opere, avendo



acquistato l'immobile, nel quale risiede, con atto pubblico del 26 gennaio 2006; in tale atto si dava atto che l'immobile era stato realizzato anteriormente al 1967; sosteneva pertanto che le opere oggetto dell'ordinanza di demolizione erano già esistenti al momento del suo acquisto, che presumibilmente erano state realizzate prima del 1967 e che comunque le opere in contestazione sono le uniche che consentono l'attraversamento del Rio Latrani per consentire l'accesso alla propria abitazione.

Con il ricorso ha riportato tali circostanze relative all'acquisto dell'immobile e alla preesistenza del manufatto per l'attraversamento del Rio Latrani, deducendo che l'accesso al fabbricato di sua proprietà avviene da tempo tramite tale manufatto, che consente l'attraversamento del Rio Latrani, esistente almeno dal 1970, data indicata nello stesso verbale di sopralluogo comunale; di avere quindi utilizzato tale attraversamento per raggiungere la propria abitazione del tutto in buona fede. Formulava tre motivi di violazione di legge ed eccesso di potere.

In particolare, con il primo motivo per violazione e/o erronea applicazione dell'art. 35 del D.P.R. 380 del 2001, eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei fatti e difetto dei presupposti, deduceva che l'art. 35 si applica al responsabile dell'abuso, nel caso di specie non individuato, mentre la ricorrente non aveva realizzato alcun intervento, dal momento che lo stesso Comune la aveva indicata come utilizzatrice delle opere.

Con il secondo motivo ha lamentato la violazione e/o erronea applicazione dell'art. 35 del D.P.R. 380 del 2001 e dell'art. 210 della legge regionale n. 65 del 2014; l'eccesso di potere per errore sui presupposti, travisamento dei



fatti, carenza di istruttoria, violazione del principio di proporzionalità, con cui ha dedotto che per i manufatti in questione, in relazione all'epoca di realizzazione, indicata dal Comune come anteriore al 1970, non vi era necessità del titolo edilizio, essendo presumibilmente realizzati insieme all'immobile residenziale indicato nell'atto di acquisto come anteriore al 1967, per cui non potevano ritenersi abusivi; contestava la misura del muro, in quanto inferiore ai cinque metri indicati nei provvedimenti. Contestava altresì la natura pubblica dei due corsi d'acqua interessati dalle opere asseritamente abusive, in quanto realizzate prima della legge n. 37 del 1994, quando solo i corsi d'acqua iscritti nell'elenco delle acque pubbliche sarebbero stati demaniali.

Con il terzo motivo lamentava la violazione dell'art. 35 del D.P.R. 380 del 2001, la violazione ed erronea applicazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione, dell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, dell'art.11 del Patto internazionale del 1966 relativo ai diritti economici, sociali, culturali, dell'art. 1 del Protocollo della Corte europea dei diritti dell'Uomo, eccesso di potere per carenza di istruttoria e violazione del principio di proporzionalità, per violazione dell'obbligo del Comune di realizzare le opere di urbanizzazione primaria. Sosteneva che il Comune non avrebbe potuto ordinare la demolizione di opere necessarie a raggiungere un'abitazione e che avrebbe dovuto bilanciare l'esigenza di ripristino della legalità violata con i diritti fondamentali quali la tutela dell'abitazione, come riconosciuto anche dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nel 2016; inoltre il Comune sarebbe tenuto a realizzare le opere di urbanizzazione primaria, quale la strada per consentire l'accesso all'abitazione.



Si sono costituiti in giudizio il Comune di Barga e la Regione Toscana che hanno sostenuto l'infondatezza del ricorso.

Il Comune, in particolare, ha esposto che, nel corso del procedimento, la odierna ricorrente aveva presentato istanza di concessione demaniale, il 21 febbraio 2022, per la realizzazione di due attraversamenti in strada privata, ma non essendo stati pagati gli importi richiesti la sanatoria era stata respinta; ha altresì evidenziato di essere stato sollecitato all'emissione del provvedimento di ripristino dalla Prefettura di Lucca anche perché le opere, in relazione alle modalità realizzative, costituiscono un pericolo per il corretto deflusso delle acque mentre le opere indicate nel progetto presentato per il rilascio della concessione avrebbero comportato la messa in sicurezza del corso d'acqua. Ha poi sostenuto che comunque era necessario un titolo per realizzare l'attraversamento fin dal 1904, che comunque le opere risultavano di recente realizzazione, l'irrilevanza della mancata iscrizione negli elenchi delle acque pubbliche; ha indicato che l'accesso all'abitazione era stato previsto dalla autorizzazione edilizia n. 6 del 1979 con altra strada da realizzare.

La Regione Toscana richiamava la giurisprudenza che estende l'art. 35 del TUE anche al possessore, detentore o utilizzatore dell'immobile; sosteneva l'irrilevanza della mancata iscrizione del Rio Forra e Latrani all'elenco delle acque pubbliche, di valore meramente ricognitivo, essendo comunque inseriti nei corsi d'acqua demaniali già nel catasto leopoldino del 1850; con riguardo all'accesso all'abitazione deduceva che tale accesso era possibile realizzando attraversamenti conformi alle norme tecniche vigenti, dal momento che la stessa ricorrente aveva segnalato le criticità occorse dopo il



maltempo del giugno 2020; in ogni caso in caso di fondo intercluso avrebbe avuto a disposizione gli istituti civilistici a tutela della proprietà.

Nel corso del giudizio la ricorrente depositava memoria in cui rilevava che sia dalla planimetria allegata alla domanda di autorizzazione edilizia del 1979 risultava già la realizzazione del tracciato della strada che attraversava i corsi d'acqua, per cui in tale procedimento il Comune aveva già valutato tali attraversamenti; ha contestato l'esistenza di una deviazione del Rio La Forra, trattandosi solo di una strada che costeggia una parte del Rio dove scorre l'acqua solo nei periodi piovosi; deduceva che la Regione non aveva depositato le mappe del catasto del 1850 e comunque la indicazione in tali mappe dei corsi d'acqua poi non riportate negli elenchi delle acque pubbliche ne confermerebbe l'intervenuta sdemanializzazione tacita prima della legge n. 37 del 1994.

Anche il Comune di Barga e la Regione Toscana hanno presentato memorie contestando le ricostruzioni della difesa ricorrente.

Davanti al giudice delegato le parti hanno precisato le conclusioni riportandosi agli atti di causa.

Tutte le parti hanno presentato memoria conclusionale insistendo nelle proprie ricostruzioni difensive.

All'udienza pubblica del 29 gennaio 2025 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato.

Ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. 380 del 2001 *“Qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale*



difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida non rinnovabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo.

2. La demolizione è eseguita a cura del comune ed a spese del responsabile dell'abuso.

3. Resta fermo il potere di autotutela dello Stato e degli enti pubblici territoriali, nonché quello di altri enti pubblici, previsto dalla normativa vigente”.

La giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato ritiene che nella nozione di “responsabile dell'abuso” di cui all’art. 35 rientri non solo chi abbia posto in essere materialmente la violazione contestata ma anche chi abbia la disponibilità dell'immobile, quale detentore e utilizzatore, per cui l’ordine di demolizione può essere legittimamente rivolto non solo a chi abbia posto in essere materialmente la violazione contestata ma anche a colui che attualmente abbia la disponibilità materiale del bene. La figura del responsabile dell'abuso edilizio non si identifica cioè solo in colui che abbia materialmente eseguito l'opera ritenuta abusiva, ma si riferisce, necessariamente, anche a colui che di quell'opera abbia la successiva materiale disponibilità e pertanto, quale detentore e utilizzatore, deve provvedere alla demolizione restaurando così l'ordine violato (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 14 gennaio 2025, n. 229; 10 aprile 2024, n. 3284; Sez. VI, 23 ottobre 2015 n. 4880; Sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2266).

Nel caso di specie non è contestato che la ricorrente sia l'utilizzatrice



materiale del manufatto che consente l'attraversamento, avendo anzi la stessa dedotto che l'attraversamento costituisce l'unica modalità per recarsi nella propria abitazione; inoltre, la ricorrente ha presentato domanda per la concessione demaniale al fine di realizzare gli attraversamenti; ha presentato l'esposto al fine della messa in sicurezza della strada e dell'attraversamento, a seguito del maltempo del giugno 2020.

Quanto al tempo di realizzazione degli abusi, dalla documentazione fotografica depositata in atti dalla stessa ricorrente, l'opera non appare di risalente realizzazione; in ogni caso anche ammesso che si tratti di opera realizzata prima del rilascio della autorizzazione del 1979 non è provata l'avvenuta realizzazione prima del 1967 né vi è prova che effettivamente l'attraversamento indicato nella planimetria, allegata alla domanda di autorizzazione del 1979, riguardasse la medesima opera edilizia, essendo indicato solo l'attraversamento, mentre comunque nelle medesime planimetrie risulta da realizzare un ulteriore tratto di strada di collegamento con altra strada.

In ogni caso anche ammesso che si tratti di opera risalente ad un periodo anteriore al 1967, la presenza del calcestruzzo esclude la possibilità di ritenerlo preesistente al 1904, con la conseguenza che si deve ritenere comunque applicabile l'art. 98 del R.D. 523 del 25 luglio 1904, per cui la costruzione, di ponti, ponti canali, botti sotterranee e simili esistenti negli alvei dei fiumi, torrenti, rivi, scolatoi pubblici e canali demaniali deve essere autorizzata dal genio civile, mentre l'art. 93 del detto R.D. dispone che i canali i rivi e gli scolatoi dei fiumi e dei corsi d'acqua, ancorché asciutti, facciano parte degli alvei di proprietà demaniale.



Sotto tale profilo, non possono essere accolte le argomentazioni con cui la ricorrente contesta la natura di corsi d'acqua pubblici del Rio Forra e del Rio Latrani, per la mancata iscrizione nell'elenco dei corsi d'acqua pubblici.

In primo luogo, si tratta di corsi d'acqua rientranti attualmente nel reticolo idraulico regionale.

In ogni caso, l'iscrizione nell'elenco dei corsi d'acqua pubblici è irrilevante, anche per il periodo anteriore al 1994, in quanto l'art. 1 del R.D. 1775 del 1933 disponeva: *“sono pubbliche tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse”*; la giurisprudenza aveva infatti escluso la rilevanza della iscrizione nell'elenco delle acque pubbliche in presenza delle caratteristiche tipiche dei corsi d'acqua pubblici in termini di deflusso delle acque e delle possibili destinazioni di pubblica utilità. (TSAP 23 febbraio 1998, n. 14; 21 aprile 1989 n. 33), mentre nel caso di specie risulta dagli atti di causa la funzione di interesse generale di deflusso delle acque.

Infondato è altresì il terzo motivo di ricorso con cui si contesta la demolizione, in quanto non avrebbe bilanciato l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata con l'interesse privato alla tutela dell'abitazione, considerato che le opere oggetto della demolizione costituiscono l'unica strada di accesso all'abitazione. A sostegno della fondatezza di tale motivo cita la sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo del 21 aprile 2016.



In primo luogo, la presente vicenda non riguarda la demolizione della casa di abitazione, ma di opere di attraversamento di un corso d'acqua, per cui la sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo non è trasponibile alla presente vicenda nella quale non è posto in discussione il diritto all'abitazione e gli interessi pubblici in materia di tutela dei corsi d'acqua sono particolarmente rilevanti nell'ordinamento.

Inoltre, la Corte EDU, nella decisione citata, aveva affermato la legittimità della demolizione, in quanto misura necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui, facendo salvo il rispetto della proporzionalità della misura con la situazione personale dell'interessato, la cui osservanza deve essere verificata caso per caso, in considerazione delle specifiche ragioni dedotte dal destinatario dell'ordine. Sotto tale profilo la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha da una parte evidenziato che le circostanze relative alla situazione personale dei destinatari dell'ordine di demolizione devono essere specificamente allegate già nel corso del procedimento di repressione dell'abuso edilizio (cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3536). Inoltre, nel declinare i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo ha chiarito che la valutazione della proporzionalità della demolizione in considerazione delle reali condizioni di vita e di salute del trasgressore e della sua famiglia non incidono sulla legittimità del provvedimento repressivo sanzionatorio, che comunque costituisce strumento del potere vincolato che l'amministrazione deve esercitare in materia ai sensi dell'art. 27 D.P.R. n. 380 del 2001, ma attengono



alla diversa fase dell'esecuzione di detto provvedimento, condizionando l'attività dell'amministrazione competente ad eseguire l'ordine di demolizione attraverso la messa in campo di ogni più adeguato strumento di cautela e prudenza, che deve manifestarsi idoneo a mitigare l'impatto pregiudizievole nel solo caso in cui sia obiettivamente dimostrato che il trasgressore e la sua famiglia versino in condizioni fisiche e materiali più che significativamente compromesse. In particolare, con riguardo alla proporzionalità dell'ordine di demolizione ha affermato che il diritto all'abitazione, riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost. e all'art. 8 CEDU, non è tutelato in termini assoluti, ma è temperato con altri valori di pari rango costituzionale, come l'ordinato sviluppo del territorio e la salvaguardia dell'ambiente, che giustificano, secondo i criteri della necessità, sufficienza e proporzionalità, l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, sempre che tale provvedimento si riveli proporzionato rispetto allo scopo che la normativa edilizia intende perseguire, rappresentato dal ripristino dello status preesistente del territorio, posto che il diritto del cittadino a disporre di un'abitazione non può prevalere sull'interesse della collettività alla tutela del paesaggio e dell'ambiente ed al corretto uso del territorio, trattandosi di una posizione giuridica soggettiva individuale destinata a cedere rispetto all'interesse pubblico alla demolizione dell'immobile abusivo (cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2023, n. 1254). Nel caso di specie, in primo luogo non risulta neppure provato che effettivamente l'abitazione non sia raggiungibile con altre modalità, ad esempio tramite la strada indicata nelle planimetrie allegate alla autorizzazione del 1979 o comunque con una servitù di passaggio coattivo a



carico di fondi confinanti.

In ogni caso, si deve considerare che l'interesse della ricorrente al mantenimento delle opere realizzate sull'attraversamento confligge con l'interesse pubblico prevalente al corretto deflusso delle acque nonché con lo stesso interesse della ricorrente alla sicurezza dell'attraversamento, come risulta dall'esposto da lei presentato successivamente al maltempo del giugno 2020, che ha comportato l'isolamento della sua abitazione proprio a causa della impossibilità dell'attraversamento.

E' quindi evidente che, sotto i profili della proporzionalità rispetto all'interesse alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, il provvedimento di demolizione delle opere non può essere ritenuto illegittimo.

In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

In considerazione della complessità delle questioni esaminate le spese del presente giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche respinge il ricorso.

Spese compensate.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, in data 29 gennaio 2025.

IL RELATORE

Cecilia Altavista

IL PRESIDENTE

Antonio Pietro M. Lamorgese

