



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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale [REDACTED], proposto da [REDACTED] in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Franco Fiorenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati [REDACTED] [REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio [REDACTED];

per l'annullamento

previa sospensiva

- 1) della diffida non rinnovabile alla demolizione di opere abusive ex art. 35 DPR [REDACTED]/2001 ed art. 11 L.R. 23/04 Prot. [REDACTED]/2021 notificata il [REDACTED] 2021;
- 2) della relazione tecnica prot. [REDACTED]/2019;
- 3) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale comunque lesivo

degli interessi delle ricorrenti comprese ulteriori indagini istruttorie se e in quanto esistenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di [REDACTED];

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024 il dott. [REDACTED] e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espongono le odierne ricorrenti di aver da tempo realizzato su area demaniale di proprietà del Comune di [REDACTED] sottoposta a vincolo ex art. 142 co.1, d.lgs. 42/2004 (entro 300 mt. dal mare) una struttura destinata ad attività stagionale di somministrazione di alimenti e bevande.

Con d.i.a. n. 907 del 2008 hanno realizzato nella suddetta struttura una copertura orizzontale retrattile.

Con atto notificato il 30 dicembre 2021 il Comune di [REDACTED] ha intimato alle ricorrenti [REDACTED] (quale titolare della concessione demaniale) la demolizione ai sensi dell'art. 35 del t.u. edilizia della suindicata opera la quale mediante l'aggiunta di chiusure "tamponamenti" verticali avrebbe dato vita ad organismo edilizio nuovo in area vincolata e di rilevanti dimensioni (176 mq.) soggetto a permesso di costruire.

L'area è stata sottoposta a sequestro da parte dell'autorità giudiziaria ed il Tribunale di [REDACTED] con sentenza n. 2542/2021, non passata in giudicato, ha assolto l'amministratore della società [REDACTED] dall'imputazione dei reati contravvenzionali di cui agli artt. 44 co. 1 lett. c), 75 e 95 del t.u. edilizia e all'art. 181 d.lgs. 42/2004.

Con il ricorso in esame le ricorrenti hanno impugnato la suindicata diffida

deducendo motivi così riassumibili:

I) Violazione di legge art. 22 DPR 380/2001 – art. 9, 10 e 11 della L.R. Emilia Romagna 31/2002 vigente *ratione temporis* ed art. 13 L.R. Emilia Romagna 15/2013 - Art. 98 comma 5 del RUE vigente - Eccesso di potere per vizio e carenza della motivazione, infondatezza dei presupposti, errore di fatto e di diritto, travisamento dei fatti, contraddittorietà, carenza di istruttoria: la diffida impugnata sarebbe viziata da evidente travisamento dei fatti dal momento che non sarebbero presenti in loco tamponamenti verticali ma soltanto una tenda.

II) Violazione di legge sub art. 21-nonies della Legge 241/1990, art. 22 del DPR 380 2001 art. 13 della L.R. Emilia Romagna 15/2013 – art. 6 comma 1 quinquies DPR 380/2001 - eccesso di potere per vizio della motivazione, errore di fatto ed infondatezza dei presupposti, contraddittorietà e violazione del legittimo affidamento: il potere repressivo sarebbe stato esercitato dall'Amministrazione comunale tardivamente ovvero oltre il termine perentorio di 12 mesi fissato dall'art. 21-nonies L.241/90 come richiamato dall'art. 19 co. 4, legge 241/90 in tema di d.i.a.; la chiusura verticale con tende retrattili rientrerebbe tra gli interventi edilizi liberi di cui all'art. 6 t.u. edilizia come confermato anche dal D.M. 2 marzo 2018; la giurisprudenza anche del Consiglio di Stato sarebbe pacifica nell'affermare la non necessità del titolo edilizio per le pergote quale quella di specie.

III) Violazione di legge art. 6 DPR 380/2001 – Eccesso di potere per carenza e vizio della motivazione, errore di fatto e di diritto, infondatezza dei presupposti, contraddittorietà: posto che le tende verticali sarebbero state nel frattempo rimosse, non sarebbe stato realizzato alcun nuovo organismo edilizio non essendosi al cospetto di un nuovo volume né di uno spazio chiuso stabilmente configurato.

Si è costituito in giudizio il Comune di ██████ eccependo l'infondatezza di tutti i motivi "ex adverso" dedotti, venendo in rilievo opera di rilevanti dimensioni su area vincolata e destinata ad un uso stabile, non essendo all'uopo vincolanti le valutazioni effettuate dal giudice penale; per giurisprudenza consolidata l'impatto

di un opera sotto il profilo urbanistico edilizio deve essere valutata in termini unitari nella sua globalità e non in modo atomistico scomputando, come vorrebbe parte ricorrente, la chiusura orizzontale da quella verticale.

Alla camera di consiglio del 21 aprile 2022 con ordinanza n. 222/22 la domanda cautelare è stata accolta “vista la sentenza penale agli atti e la più recente giurisprudenza in materia di c.d. pergotende (v. Consiglio di Stato n. 6979/2019), che peraltro nel caso in esame risulterebbero rimosse, e che l’intervento edilizio sottostante è stato regolarmente assentito con titolo allo stato valido ed efficace”.

Con memoria di replica la difesa di parte ricorrente ha insistito per l’accoglimento del gravame depositando documentazione ed evidenziando l’insussistenza dei presupposti per derogare al termine perentorio di 12 mesi (art. 21-nonies L.241/90) per l’esercizio del potere di autotutela sulla d.i.a. presentata nel 2008.

Alla pubblica udienza del 23 aprile 2024, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-E’ materia del contendere la legittimità del provvedimento con cui il Comune di ████████ ha ordinato alle ricorrenti ai sensi dell’art. 35 t.u. edilizia la demolizione di un manufatto realizzato su area sottoposta a vincolo paesaggistico di proprietà demaniale comunale di dimensioni pari a 176 mq.

Segnatamente il manufatto in questione consiste in una struttura di legno e metallo coperta orizzontalmente, come assentito con d.i.a. n. 907/2008, con altezza variabile da mt. 3,04 a 3,88, successivamente chiusa anche verticalmente mediante tende retrattili ed utilizzata durante la stagione estiva per la somministrazione di alimenti e bevande.

Ad avviso delle ricorrenti, in buona sostanza, tali chiusure verticali sarebbero annoverabili tra gli interventi edilizi liberi e dunque non sottoposte ad alcun titolo abilitativo mentre secondo l’Amministrazione esse avrebbero determinato la creazione di un nuovo organismo edilizio chiuso su almeno tre lati e come tale del

tutto idoneo a sviluppare un nuovo volume rilevante sotto il profilo urbanistico edilizio.

2.- Il ricorso è in parte fondato ed in parte improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

3.- In punto di fatto va rilevato che come risultante dal sopralluogo effettuato dai tecnici comunali il 3 giugno 2022 le coperture verticali della struttura risultano ad oggi spontaneamente rimosse da parte ricorrente, sì che per tali interventi è venuto meno ogni interesse all'impugnativa, non potendo "in parte qua" il Comune pretendere la demolizione di opere non più esistenti.

Per tutta la rimanente parte la struttura risulta invece ricalcare quanto assentito dall'Amministrazione mediante la d.i.a. presentata nel 2008 ovvero in buona sostanza un manufatto assimilabile ad una pergotenda.

4.- Giova altresì rilevare che nei rapporti tra giudizio penale e giudizio amministrativo la regola, almeno tendenziale, è quella dell'autonomia e della separazione, fermo il disposto di cui all'art. 654 c.p.p.; il giudicato penale non determina infatti un vincolo per l'Amministrazione per l'accertamento dei fatti rilevanti nell'attività di vigilanza edilizia e urbanistica, né la sentenza penale di assoluzione può condizionare in modo inderogabile il giudizio amministrativo, tanto più quando il Comune non si sia costituito parte civile nel processo penale (*ex plurimis* T.A.R. Lombardia Milano sez. I, 7 gennaio 2022, n.22; Consiglio di Stato sez. VI, n. 3403/2016).

5.- Per giurisprudenza - che il Collegio condivide - la tenda e/o copertura realizzabile in regime di edilizia libera (in quanto tale estranea alla nozione di "costruzione") è solo quella che assolve ad una funzione accessoria senza determinare alcun aumento del carico urbanistico, precisando che tali condizioni sono predicabili esclusivamente con riguardo a manufatti di modeste dimensioni e consistenza, aventi funzioni di mero riparo dagli agenti atmosferici. Al contrario, un siffatto regime va escluso per i manufatti che, per le apprezzabili dimensioni strutturali, per l'impatto visivo, per la loro conformazione e destinazione all'attività

imprenditoriale e per la rilevante alterazione della sagoma esterna dell'immobile, implicano un'incidenza significativa sull'assetto urbanistico e una consistente trasformazione del tessuto edilizio (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. IV, 1 luglio 2019, n. 4472).

Nel caso di specie la struttura realizzata dalle ricorrenti, per quanto di non trascurabili dimensioni, risulta assentita con la d.i.a. del 2008 ed è allo stato priva di chiusura sui lati come tale non idonea a sviluppare volumetria (*ex multis* T.A.R. Campania Salerno sez. II, 13 marzo 2018, n.386; Consiglio di Stato sez. VI, 24 gennaio 2022, n.469) rientrando nelle caratteristiche tipicamente di arredo delle c.d. pergotende e comunque non soggetta a permesso di costruire.

Per quanto precede sono dunque fondate le doglianze di cui al primo e terzo motivo di gravame, di carattere assorbente.

6.- Alla luce delle suesposte conclusioni il ricorso va in parte accolto, con l'effetto dell'annullamento in "parte qua" del provvedimento impugnato, ed in parte dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite anche in considerazione dell'avvenuta demolizione delle opere abusive successivamente al provvedimento impugnato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna Bologna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile ed in parte lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

, Presidente

[REDACTED], Consigliere, Estensore

[REDACTED], Consigliere

L'ESTENSORE

[REDACTED]

IL PRESIDENTE

[REDACTED]

IL SEGRETARIO