

Pubblicato il 18/11/2019

Sent. n. 990/2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 441 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da Emanuele Agazzi, in proprio e in qualità di legale rappresentante della Provino S.r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Codignola e Paolo Giudici, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Brescia, via Romanino,16;

contro

Comune di Treviolo, *non costituito in giudizio*;

per l'annullamento

Con il ricorso principale:

dell'ordinanza di demolizione n. 13 Reg. Ord. Prot. 1995 del 29 febbraio 2012, notificata in data 1 marzo 2012, avente ad oggetto interventi eseguiti in assenza del permesso di costruire; nonché di ogni altro atto connesso.

Con i motivi aggiunti:

della determinazione di diniego della domanda di permesso di costruire prot. 2012/3904 di data 19 aprile 2012, avente ad oggetto "Intervento in sanatoria pergolato in via Alberto Dalla Chiesa n. 10/9"; nonché di tutti gli atti connessi e/o pregressi e/o consequenziali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2019 la dott.ssa Elena Garbari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ordinanza di data 29/2/2012 il Comune di Treviolo (BG) ha intimato all'odierno ricorrente, ai sensi dell'articolo 31 del d.P.R. 380/2001, la demolizione del manufatto antistante il suo immobile adibito ad enoteca con servizio di ristorazione, ove sono collocati tavolini e sedie utilizzati per l'attività di somministrazione di alimenti e bevande, in quanto realizzato in assenza di titolo edilizio.
2. Il manufatto abusivo è descritto dall'amministrazione come "*una struttura autonoma che costituisce, delimita e arreda uno spazio per il ristoro all'aperto, annesso al locale di pubblico esercizio di somministrazione insediato in sede fissa denominato "IL PROVINO" adibita a dehors permanente semichiuso, realizzato con elementi in legno (montanti, travi e travetti), avente dimensioni esterne di m 13,55 X 8,60 (superficie lorda mq 116,53). La struttura si regge su n. 12 montanti in legno 12 X 12 annegati in n. 10 botti riempite di calcestruzzo (...) ed è riparata dagli agenti atmosferici con telo plastificato affrancato ai travetti mediante legacci. L'ambiente è munito*

di impianto elettrico per alimentare ventilatori, lampade scaldanti, impianto di diffusione stereofonica; il pavimento è costituito da lastre di legno composite, sostenute e livellate da graticci. In definitiva la struttura è semichiusa lateralmente da tende in tessuto e tende saliscendi plastificate a delimitazione dell'ambito, poggia su suolo pavimentato, non è ancorata, ma ha caratteri di solidità”.

3. Con il ricorso in epigrafe il ricorrente censura l'illegittimità dell'ordinanza, denunciando l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento a termini dell'articolo 7 della legge 241 del 1990 nonché la violazione degli articoli 6 e 31 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*) e dell'articolo 27 della legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (*Legge per il governo del territorio*).

4. L'esponente allega che: *il dehors non è una struttura autonoma e utilizzabile indipendentemente rispetto all'enoteca, non ha carattere permanente poiché può essere facilmente e velocemente rimosso, non è munito di solaio ma solo di un telo per il riparo degli avventori dalle intemperie, non è chiuso su tutti i lati ed è privo di riscaldamento. Il manufatto sarebbe, quindi, ascrivibile agli interventi liberi previsti dall'articolo 6, comma 2, lettera b) del d.P.R. 380/2001, ovvero alle “opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni”*, con conseguente illegittima applicazione, da parte del Comune, della sanzione recata dall'articolo 31 del medesimo Testo unico.

5. Evidenzia, inoltre, che l'articolo 27 della L.R. 12/2005 limita la necessità di titolo edilizio per gli interventi pertinenziali ai casi in cui sia realizzato un volume superiore al 20 per cento di quello dell'edificio principale, ipotesi che nella specie non si configura.

6. Con successivo atto per motivi aggiunti depositato in data 19 luglio 2012 l'esponente ha impugnato il diniego di rilascio di permesso di costruire in sanatoria oppostogli con atto del 27 aprile 2012 dal Comune di Treviolo, che ha rigettato l'istanza presentata il 19 aprile, contestualmente al ricorso avverso l'ordinanza di demolizione. Il provvedimento da ultimo avversato reca unicamente la seguente motivazione: *“La struttura non rispetta le norme imposte dall'art. 10 del Piano delle Regole allegato allo strumento urbanistico vigente in merito a distanze da edifici e confini”*.

7. Denuncia il ricorrente in primo luogo la violazione dell'articolo 10 bis della legge 241/1990, in ragione dell'omissione del preavviso di rigetto, con conseguente pregiudizio del suo diritto di partecipazione procedimentale. Il secondo motivo di ricorso assume invece l'illegittimità del diniego per *“eccesso di potere per errore, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, violazione di legge e in particolare dell'art. 6 e dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001 nonché dell'art. 27 della l.r. 12/2005”*.

8. L'esponente lamenta, in particolare, il totale difetto di motivazione dell'atto avversato, che si limita a dichiarare il contrasto dell'intervento edilizio realizzato con le norme urbanistiche in materia di distanze da edifici e confini, senza specificare gli elementi fattuali presi a riferimento e le norme asseritamente violate.

9. L'intimata amministrazione comunale non si è costituita in giudizio.

10. All'udienza pubblica del 6 novembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'odierno ricorrente, che ha realizzato una veranda attrezzata antistante il locale ove esercita l'attività di somministrazione di alimenti e bevande, contesta la legittimità dell'ordinanza di demolizione del manufatto e del successivo diniego di rilascio del titolo edilizio in sanatoria.

2. Deve essere esaminato preliminarmente il ricorso principale, in adesione all'orientamento secondo il quale la presentazione dell'istanza di sanatoria di un abuso edilizio non determina alcuna inefficacia sopravvenuta o invalidità di sorta dell'ingiunzione di demolizione, ma solo la temporanea sospensione della sua esecuzione. In caso di rigetto dell'istanza di sanatoria l'amministrazione non deve quindi reiterare l'ordine di demolizione, altrimenti finendosi per riconoscere in capo al privato, destinatario del provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale suo

annullamento, quel medesimo provvedimento (in termini Cons. Stato, sez. II, 24 giugno 2019, n. 4304, Cons. Stato, Sez. IV, 5 novembre 2018, n. 6233). Ne consegue che la presentazione dell'istanza di sanatoria dell'intervento edilizio non determina l'improcedibilità del ricorso principale, poiché l'ordine demolitorio avverso mantiene la sua efficacia e lesività, con conseguente necessità di esaminare le doglianze in merito sollevate dall'esponente.

3. La prima censura stigmatizza l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, da cui il ricorrente inferisce l'illegittimità dell'atto conclusivo del procedimento.

3.1. La doglianza non ha pregio.

3.2. L'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce -infatti- attività per sua natura di carattere urgente e natura vincolata che non richiede l'invio di comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto (*ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 29 marzo 2019, n. 4211).

3.3. L'omissione di tale adempimento non assume del resto nella specie alcuna efficacia invalidante ove si consideri il disposto dell'articolo 21 *octies* della legge 241 del 1990, che prevede la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento qualora, per la sua natura vincolata, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

3.4. Con la seconda censura il ricorrente deduce che l'ordinanza impugnata è illegittima perché il manufatto realizzato non necessiterebbe di titolo edilizio.

3.5. L'argomento non è condivisibile.

3.6. In merito alla dedotta precarietà del manufatto, l'asserita "facile amovibilità" nonché la mancanza di impianto di riscaldamento non costituiscono elementi idonei a conferire al *dehors* le caratteristiche di un'opera precaria, atteso che tale struttura non ha un utilizzo contingente e limitato nel tempo, ma è destinata a soddisfare bisogni duraturi e non provvisori attraverso la permanenza nel tempo della sua funzione, come è dimostrato nei fatti dalla circostanza che lo stesso viene mantenuto in loco e viene utilizzato da più di 7 anni (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2007, n. 6615).

3.7. Va esclusa, inoltre, l'asserita valenza puramente pertinenziale del manufatto, in relazione al suo stretto collegamento con l'edificio principale, atteso che, per il suo impatto volumetrico, la veranda attrezzata incide significativamente e in modo permanente sull'assetto edilizio dell'enoteca, del quale amplia la superficie e la volumetria utile. Il ricorrente ha creato un autonomo organismo edilizio di rilevanti dimensioni, stabilmente destinato ad estensione, in ogni periodo dell'anno, del locale interno, e pertanto, per consistenza e funzione, deve essere qualificato come nuova opera, comportando una rilevante trasformazione edilizia del territorio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. I, 6 maggio 2013, n. 1193).

3.8. Per le considerazioni esposte l'ordinanza gravata risulta immune dai denunciati vizi di legittimità, donde l'infondatezza del ricorso principale.

4. I motivi aggiunti, diretti a censurare il diniego di rilascio del permesso di costruire in sanatoria, meritano invece accoglimento.

4.1. In primo luogo va evidenziata la fondatezza della censura relativa alla violazione dell'articolo 10 bis della legge 241 del 1990, per omissione del preavviso di rigetto. Detta violazione procedimentale, che preclude al soggetto interessato la piena partecipazione al procedimento, invalida infatti il provvedimento finale di diniego, in quanto, dato il suo carattere non vincolato, non risulta applicabile la sanatoria processuale ex articolo 21 *octies*, comma 2, della legge 241/1990.

4.2. Merita accoglimento anche la censura di difetto di motivazione dell'avverso diniego, atteso che la determinazione avversata è totalmente priva dell'indicazione dei presupposti in fatto e delle ragioni giuridiche che precludono il rilascio di un titolo edilizio in sanatoria, non rendendo palese al destinatario dell'atto l'iter logico-giuridico seguito dall'Amministrazione procedente.

4.3 Infatti "*costituisce ius receptum che "il provvedimento di diniego del rilascio della concessione di costruzione in sanatoria deve compiutamente motivare l'effettivo contrasto tra l'opera realizzata e gli strumenti urbanistici e tale contrasto deve essere evidenziato in maniera intelligibile, così da consentire al soggetto interessato di impugnare l'atto davanti al G.A., denunciando non solo i vizi*

propri della motivazione , ma anche le errate interpretazioni delle norme urbanistiche valutate col giudizio di non conformità (cfr ex multis T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 19 luglio 2005 , n. 5736)” (T.A.R. Campania, Napoli, Sezione IV, 23 marzo 2010, n. 1578).

4.4. All'accoglimento dei motivi aggiunti consegue la pronuncia di annullamento del diniego di sanatoria, con conseguente obbligo per l'amministrazione di rideterminarsi sulla corrispondente istanza, nel rispetto dell'effetto conformativo proprio della presente pronuncia.

5. Considerata la parziale soccombenza reciproca, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- a) respinge il ricorso principale proposto avverso l'ordinanza di demolizione;
- b) accoglie i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla il diniego di sanatoria;
- c) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Elena Garbari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Garbari

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO