

**Pubblicato il 12/06/2023**

**Sent. n. 1457/2023**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1288 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da [omissis], in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Ciceri, Vincenzo Latorraca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; contro

Comune di Crema, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Virginia Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Virrginia Manzi in Como, via San Martino 6;

nei confronti

[omissis], in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Spallino, Alessandra Orio, con domicilio eletto presso lo studio Lorenzo Spallino in Como, via Volta, 66;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del [omissis], con il quale il Sindaco del Comune di Crema ha negato alla società ricorrente la concessione di occupazione di suolo pubblico;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla società [omissis] in data 8 novembre 2022:

- del provvedimento del [omissis] 2022, [omissis], con il quale il responsabile del Servizio Tributi del Comune di Crema ha annullato il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo;
- del provvedimento del [omissis] 2022, prot. [omissis], a firma del medesimo responsabile del Servizio Tributi del Comune di Crema, nella parte in cui esprime un parziale diniego della concessione di occupazione della porzione di suolo pubblico adiacente all'immobile denominato [omissis], individuata in colore rosso nella planimetria allegata;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

e per la condanna del Comune di Crema al risarcimento del danno subito in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Crema e di [omissis];

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2023 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

[omissis] è titolare di un esercizio commerciale di ristorazione nel Comune di San Vito di Cremona, sul lago di Como.

Il Comune di Cremona rilasciava alla società l'autorizzazione del [omissis] 2007 [omissis] per l'occupazione permanente del suolo pubblico per una superficie di mq 36,87 per la posa di tavoli e sedie al servizio dell'esercizio commerciale.

In seguito rilasciava la distinta l'autorizzazione del [omissis] 2019 n. [omissis] per l'occupazione permanente in sanatoria del suolo pubblico per una superficie di mq 81 sempre per la posa di tavoli e sedie al servizio dell'esercizio commerciale.

A seguito dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 il Comune rilasciava l'autorizzazione provvisoria del [omissis] 2020 n. [omissis] per l'occupazione di suolo pubblico per un'ulteriore superficie di mq 13,50 antistante il Condominio [omissis] costruito in aderenza e, quindi, in continuità all'edificio dove è svolta l'attività di ristorazione da parte della [omissis].

Con nota del [omissis] 2022 il Comune comunicava alla società [omissis] che l'autorizzazione di occupazione di suolo pubblico (mq 13,50) antistante il Condominio [omissis] è rilasciata nel periodo emergenziale, cessava con decorrenza [omissis] 2022 e che, in relazione allo spazio occupato in forza della concessione del 2019, in seguito alle segnalazioni ricevute dal Condominio [omissis] era stato effettuato un sopralluogo dagli uffici comunali sicché era necessario presentare una nuova richiesta di occupazione del suolo pubblico garantendo un passaggio carraio del calibro minimo di mt. 2,90.

Una volta cessata l'efficacia dell'autorizzazione provvisoria n. [omissis] 2020, [omissis] con istanza del [omissis] 2022 formulava al Comune una nuova richiesta di occupazione permanente di suolo pubblico per una superficie di mq 118 riguardante non solo il tratto antistante il fabbricato ove è svolta l'attività di ristorazione, ma anche di quello antistante il fabbricato del Condominio [omissis] per l'intero fronte dello stesso, per una superficie ampliativa in parte qua di quella autorizzata temporaneamente nella fase emergenziale (non più 13,50 mq bensì 37 mq).

Il Comune tuttavia respingeva l'istanza con il provvedimento del [omissis] 2022 prot. [omissis].

La società ha quindi impugnato il diniego.

Nel corso del giudizio, il Comune con provvedimento del [omissis] 2022 prot. [omissis] ha annullato in autotutela "in ogni sua parte" il provvedimento di diniego prot. [omissis].

Poco dopo con provvedimento del [omissis] 2022 prot. [omissis] l'amministrazione comunale ha disposto da un lato il rigetto dell'istanza del 17 marzo 2022 riferita alla richiesta di occupazione del suolo pubblico per la superficie di mq 118 e dall'altro lato ha rimodulato l'oggetto della precedente autorizzazione permanente n. [omissis] 2009 relativa alla superficie di mq 81.

[omissis] ha impugnato con motivi aggiunti il provvedimento prot. [omissis]/2022 affidando il ricorso a quattro motivi.

Con il primo motivo, lamenta che il provvedimento di annullamento in autotutela n. [omissis]/2022 sarebbe illegittimo in quanto notificato in mancanza della comunicazione di avvio del procedimento.

Con il secondo motivo, denuncia la mancata applicazione della disciplina recata dall'art. 40 della legge n. 144/2022 e dall'art. 9 ter d.l. n. 137/2020, conv. dalla legge n. 176/2020, concernente la proroga delle misure introdotte durante l'emergenza sanitaria da Covid-19 per il sostegno delle imprese di pubblico esercizio quali le disposizioni che escludono la necessità del preventivo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ed edilizia per la posa di strutture amovibili quali dehors e attrezzature varie tra cui tavolini e sedie.

Con il terzo motivo, deduce il difetto istruttorio e di motivazione, la violazione del giusto procedimento e del contraddittorio, nonché l'eccesso di potere per sviamento, in quanto l'amministrazione non avrebbe condotto una concreta istruttoria in ordine alle ragioni che hanno giustificato il diniego mentre si sarebbe "limita, in buona sostanza, a citare le doglianze del condominio".

Con il quarto motivo, censura l'eccesso di potere per contraddittorietà, per travisamento dei presupposti di fatto e per sviamento, in quanto osserva che nella porzione di strada antistante il Condominio l'occupazione richiesta rispetterebbe il calibro minimo per il transito di veicoli richiesto

dal Comune con la nota del 11 marzo 2022 (mt. 2,90) e che quindi vi sarebbe contraddizione nell'operato dell'amministrazione che ha negato l'occupazione dello spazio pubblico sebbene la prescrizione (mt. 2,90) sia rispettata.

Il Consiglio di Stato con ordinanza n. 680/2023 ha riformato l'ordinanza della Sezione n. 1395/2022 con cui era stata accolta l'istanza cautelare formulata dalla ricorrente.

Nel costituirsi in giudizio il Comune di Crema e il Condominio [omissis] hanno eccepito l'improcedibilità del ricorso introduttivo a seguito dell'annullamento in autotutela del provvedimento gravato poi impugnato con motivi aggiunti e l'inammissibilità delle censure sollevate con i motivi aggiunti; nel merito hanno confutato i motivi di ricorso.

All'udienza del 7 giugno 2023, dopo la discussione di rito, la causa è stata trattenuta in decisione.

In via preliminare va dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo.

Il ritiro in autotutela del provvedimento di diniego del [omissis]2022, gravato con il ricorso introduttivo, comporta, sotto il profilo processuale, l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a, in quanto il ritiro dell'atto impugnato elimina l'oggetto del petitum immediato (ossia l'annullamento dell'atto amministrativo).

Va dunque esaminato il ricorso per motivi aggiunti con quale è stato impugnato il provvedimento prot. [omissis]/2022 avente ad oggetto il diniego dell'istanza del [omissis].2022 volta ad ottenere l'occupazione permanente del suolo pubblico per una superficie di mq 118.

Può prescindersi dall'esame delle eccezioni di inammissibilità dei singoli motivi di ricorso, sollevate dalle controparti, attesa l'infondatezza del ricorso.

Il primo motivo di ricorso è infondato. La comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 della legge n. 241/1990) non è necessaria in relazione al procedimento che si conclude con il ritiro di un precedente atto sfavorevole per il privato, in quanto in tal caso il ritiro dell'atto sfavorevole si risolve in un effetto favorevole per l'interessato la cui partecipazione al procedimento, a rigore, non sarebbe di alcuna utilità.

Nel caso di specie, il provvedimento di autotutela ha ad oggetto il provvedimento di diniego dell'istanza di occupazione del suolo pubblico (oggetto peraltro del ricorso introduttivo) sicché la sua adozione ha comportato un effetto favorevole per il ricorrente la cui istanza, in quel momento, doveva ritenersi ancora pendente e in attesa di definizione. Né a diverse conclusioni può addivenirsi nella considerazione che l'atto di autotutela ha annullato anche la concessione di mq 81 rilasciata nel 2019, posto che quest'ultima è stata rieditata con il provvedimento del [omissis] 2022, n. prot. [omissis], il quale, qui contestato per il rigetto dell'istanza del marzo 2022, ha comunque confermato la valenza della concessione di suolo pubblico rilasciata nel 2019.

Il secondo motivo di ricorso è infondato.

Il provvedimento gravato con motivi aggiunti riguarda il rigetto dell'istanza [omissis].2022 con la quale è stato richiesto il rilascio della concessione permanente di occupazione di suolo pubblico per un'area di 118 mq prospicienti il [omissis]. L'istanza è stata quindi presentata al fine di ottenere l'occupazione permanente del suolo pubblico e non già alla luce della disciplina prevista in materia di emergenza epidemiologia da Covid-19 (art. 40 L. 144/2022 e art. 9 ter d.l. 137/2020, conv. dalla L. 176/2020) che riguarda "la posa in opera temporanea" di strutture amovibili, quali dehors, elementi di arredo urbano, attrezzature, pedane, tavolini, sedute e ombrelloni, purché funzionali all'attività commerciale. Peraltro anche ad ammettere che l'istanza del marzo 2022 potesse essere intesa volta all'applicazione della normativa emergenziale in tema di concessioni di suolo pubblico, andrebbe riscontrata l'improcedibilità della censura a seguito del venir meno della normativa emergenziale al 31 dicembre 2022.

Anche il terzo motivo di ricorso non è fondato.

La sottrazione del bene pubblico all'uso collettivo (come una strada) in favore dell'uso privato, mediante il provvedimento di concessione del bene, deve essere giustificata dal perseguimento di un preminente interesse pubblico per l'ente e comunque non deve confliggere con altri interessi meritevoli di tutela. Il provvedimento di autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico ha natura discrezionale in quanto l'amministrazione è tenuta a verificare che la concessione avviene nel

perseguimento di un preminente pubblico interesse e che non si risolve nella lesione di altri pubblici interessi, al di là della comparazione tra l'interesse pubblico perseguito e quello privato. Ne deriva che è legittimo negare il provvedimento di occupazione di suolo pubblico se il suo rilascio compromette l'interesse pubblico alla vivibilità dei cittadini o alla circolazione stradale.

Spetta quindi all'amministrazione contemperare i diversi interessi pubblici e privati che emergano nel provvedimento di occupazione del suolo pubblico.

Nel caso di specie l'amministrazione ha ritenuto, nel bilanciamento fra i contrapposti interessi coinvolti nel procedimento, di dare prevalenza all'interesse alla vivibilità delle residenze poste al piano terra del Condominio [omissis] prospiciente la strada oggetto dell'istanza di occupazione, nonché a quello di non ostacolare il libero accesso dei mezzi di soccorso o l'accesso ai box condominiali, tenendo peraltro in debito conto l'ampia porzione di area pubblica già concessa in occupazione alla società.

Si tratta di una valutazione che trova adeguato supporto negli atti istruttori e negli accertamenti compiuti in loco ed in particolare: i) la planimetria dello stato dei luoghi indica una distanza di 2,90 mt tra l'occupazione dello spazio pubblico con tavoli e sedie richiesta per l'attività di ristorazione rispetto alle finestre del Condominio [omissis] poste al piano terra il che dà evidenza del turbamento dell'ambiente residenziale che deriva ai condomini e quindi alla vivibilità delle abitazioni (cfr. nota del Condominio del [omissis]); ii) lo spazio occupato in caso concessione dell'uso pubblico dell'area riduce lo spazio di manovra per accedere ai boxes del Condominio richiedendo per le auto ingombranti la necessità di effettuare più manovre; iii) la strada è a fondo cieco e termina davanti al Condominio [omissis] sicchè, concedendo la porzione di spazio pubblico antistante il Condominio fino al termine della strada, un mezzo di soccorso incontrerebbe difficoltà di manovra e di inversione di marcia.

Infine non può accogliere la censura sulla contraddittorietà esposta dalla ricorrente nel quarto motivo. Come rilevato dalla difesa comunale, con la nota del 11 marzo 2022 l'amministrazione prescriveva il rispetto di uno spazio libero per il passaggio di mt. 2,90 in relazione all'occupazione del suolo pubblico già concessa con l'autorizzazione del 2019 e quindi con riferimento all'area pubblica antistante il ristorante [omissis] e non quella antistante il Condominio [omissis] (oggetto della successiva istanza di concessione di 118 mq). E difatti nella nota del 11 marzo 2022 l'amministrazione precisava di avere effettuato un sopralluogo proprio in relazione allo spazio pubblico concesso con l'autorizzazione del 2019.

In conclusione, il ricorso introduttivo va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a., mentre il ricorso per motivi aggiunti è infondato e va pertanto respinto.

La condanna al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in dispositivo, segue il principio della soccombenza.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul gravame, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti, così dispone:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;
- respinge il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Crema e del [omissis], che liquida rispettivamente nell'imposto di Euro 2.000,00 per ciascuna controparte, oltre Iva, cpa e spese generali.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Luca Iera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE  
Luca Iera

IL PRESIDENTE  
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO