

**Pubblicato il 14/01/2022**

**Sent. n. 41/2022**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 977 del 2016, proposto da [OMISSIS], rappresentati e difesi dagli avv.ti Gaetano Domenico Rossi e Giada Rossi, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv.to Guido Mascioli in Bologna, Via Santo Stefano n. 30;  
contro

Comune di Rimini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.to Elena Fabbri, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv.to Francesco Bragagni in Bologna, Strada Maggiore n. 31;

per l'annullamento

DELL'ORDINANZA DI DEMOLIZIONE NOTIFICATA IL [OMISSIS] DALLO SPORTELLO UNICO PER L'EDILIZIA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rimini;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2021 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Il presente ricorso risulta incardinato presso il T.A.R. a seguito di trasposizione, dopo la proposizione di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

A. Riferiscono i ricorrenti di essere proprietari di un terreno che affianca la superstrada Via [OMISSIS], avente destinazione agricola secondo la previsione del RUE confermativa della classificazione previgente.

B. Rappresentano altresì che l'area è inserita tra la superstrada e una collina ripida, sopra la quale insiste il Museo dell'Aviazione e vi sono posizionati vecchi aeromobili militari. I ricorrenti episodi temporaleschi, violenti e di breve durata, alimenterebbero il rischio di danni per la proprietà (oltre che per l'adiacente arteria stradale).

C. Sottolineano che l'accordo di pianificazione recepito nella deliberazione consiliare 27/1/2011 n. 13 (con abbandono di un gravame proposto avverso un precedente diniego di sanatoria) non ha proseguito il proprio *iter* di variante al PRG, e non è stato poi trasfuso nel PSC e nel RUE.

D. Il Comune ha dunque intrapreso il procedimento repressivo, con l'impugnata ingiunzione di demolizione di opere ritenute abusive, ossia:

- un muro di contenimento lungo 67 metri e altro 2,30, collocato lungo il fosso che costeggia la superstrada e avente funzione di drenaggio e protezione del corso d'acqua da smottamenti e frane;
- lavori di parziale sbancamento non connessi ad attività agricola, che gli esponenti assumono funzionali all'interramento di una linea elettrica ENEL aerea ad altissimo voltaggio che attraversa la proprietà (sarebbero già stati riportati allo stato originario con spontaneo ripristino);
- platea di cemento 6x4 sulla quale appoggia un manufatto (avente h massima 2,70 e minima 2,30) destinato a ricovero attrezzi e a protezione della centralina-salvavita-quadro elettrico alla quale sono collegati gli impianti di irrigazione del fondo.

D.1 Sostengono i ricorrenti che il muro, la piattaforma e la casetta avrebbero natura pertinenziale. Inoltre il muro, per le sue caratteristiche, sarebbe opera obbligatoria per legge, mentre la platea avrebbe lo scopo di proteggere i collegamenti elettrici e gli allacci dell'impianto dagli agenti atmosferici.

E. Dopo aver premesso che è in fase di valutazione la proposizione di un'istanza di sanatoria, con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato i ricorrenti impugnano i provvedimenti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi in diritto:

I) Violazione dell'art. 30 comma 4 del D. Lgs. 285/92 ed eccesso di potere per travisamento, in quanto la costruzione e il mantenimento del muro costituiscono un obbligo di legge a carico della proprietà – anche a tutela della sicurezza pubblica – e integrano un intervento sanabile (la relativa istanza risulta preclusa dall'imperfetta formulazione della modulistica comunale).

II) Violazione dell'art. 16 della L.r. 23/2004, dell'art. 8 comma 1 lett. "1" della L.r. 31/2002 in correlazione al punto g.6 dell'allegato, della normativa di PRG, eccesso di potere per erroneità dei presupposti, in quanto le opere realizzate rivestono natura pertinenziale, soggette a mera DIA (la cui mancanza comporta unicamente l'applicazione di una sanzione pecuniaria); dall'elencazione di cui al punto "g" della L.r. 31/2002 gli interventi pertinenziali classificabili come "nuova costruzione" sono solo quelli enucleati in modo espresso dalle NTA del PRG, le quali non racchiudono tale qualificazione per recinzioni e muri di cinta.

III) Violazione dell'allegato alla L.r. 31/2002 sotto altro profilo, eccesso di potere per genericità, dal momento che l'atto richiama il solo par. g) dell'allegato senza specificare il numero che identifica la fattispecie, e in ogni caso doveva essere preso a riferimento l'art. 8 comma 1 par. "d" che ben inquadra il caso; non si comprende perché un muro di contenimento dovrebbe avere una disciplina differente da un muro di cinta, soggetto a mera DIA.

IV) Eccesso di potere per genericità e disparità di trattamento, in quanto l'atto gravato intima la demolizione della platea di appoggio del prefabbricato, ma non si spende su quest'ultimo quando ordina la rimessione in pristino; peraltro il manufatto è compatibile con la destinazione agricola e la proprietà ha il diritto di mantenerlo previa sanatoria formale; sarebbe pericoloso eliminare la platea senza rimuovere il manufatto pertinenziale, lasciando scoperte costose attrezzature agricole e gli allacci; inoltre, nel lotto confinante – avente la stessa zonizzazione – è stato realizzato un parcheggio esterno di notevoli dimensioni, interamente asfaltato, non oggetto di atti sanzionatori.

F. Si è costituito in giudizio il Comune di Rimini, chiedendo il rigetto del gravame. In punto di fatto ha chiarito che:

- l'istanza di accertamento della conformità edilizia, inoltrata il 16/10/2009 dai ricorrenti a mezzo DIA, è stata riscontrata negativamente dall'Ente locale con atto 12/1/2010;
- le proposte di variante avanzata dai Sigg.ri Pasquinelli non avevano nel seguito esito favorevole, ricadendo gli interventi in zona di tutela ambientale;
- veniva riattivato il procedimento repressivo, culminato nell'adozione dell'atto gravato in questa sede.

G. Con ordinanza n. 13, assunta dalla Sezione in data 17/1/2017, è stata respinta l'istanza cautelare, e il Consiglio di Stato – investito dell'appello – lo ha rigettato con ordinanza della sez. VI – 30/3/2017 n. 1317.

H. Alla pubblica udienza del 15/12/2021 il gravame introduttivo è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

I ricorrenti censurano l'ordinanza di demolizione di opere abusive, consistenti nel muro di contenimento, nei lavori di parziale sbancamento di terreno, nella platea di cemento per l'appoggio di un locale per ricovero attrezzi e impianti.

### IN RITO

0. Come già evidenziato nell'esposizione in fatto il presente ricorso risulta incardinato presso il T.A.R., a seguito di trasposizione dopo la proposizione di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

0.1 Come sottolineato dalla stessa parte ricorrente, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è stato depositato al protocollo del Comune di Rimini il 13/10/2016; in data 24/10/2016 l'amministrazione comunale ha notificato l'atto di opposizione e i ricorrenti, in data 5/12/2016, hanno notificato all'Ente locale l'atto di costituzione in giudizio.

0.1a L'opposizione è stata assunta correttamente e tempestivamente, e ha prodotto l'effetto di cui all'art. 48 comma 1 Cpa, per cui *“Qualora la parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario ai sensi degli articoli 8 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, proponga opposizione, il giudizio segue dinanzi al tribunale amministrativo regionale se il ricorrente, entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, deposita nella relativa segreteria l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione alle altre parti”*. Ne deriva che il deposito dell'atto introduttivo presso la segreteria del T.A.R. – avvenuto il 5/12/2016 e dunque entro i 60 giorni *ex art. 10 comma 1 del DPR 1199/71* – ha determinato il radicamento della lite nella sede giurisdizionale.

0.1b Deve essere rigettata, dunque, l'eccezione di inammissibilità dell'atto di opposizione correlata all'originaria tardività del gravame giurisdizionale, che ha indotto gli esponenti a proporre ricorso straordinario al Capo dello Stato. L'opposizione costituisce, infatti, una facoltà processuale accordata all'amministrazione e ai controinteressati, e determina *ex se* lo spostamento della causa nella sede giurisdizionale in quanto ritenuta più idonea alla trattazione dell'affare. Come ha affermato il Consiglio di Stato, sez. III – 7/1/2020 n. 112 *“Il ricorso straordinario, alternativo al ricorso giurisdizionale, postula che qualsiasi parte, diversa dal ricorrente, abbia la possibilità di optare per il rimedio giurisdizionale, che offre maggiori garanzie rispetto al ricorso straordinario. L'istituto dell'opposizione rappresenta, infatti, lo strumento di ciascuna parte per adire il giudice precostituito per legge, in quanto il ricorso straordinario, rimedio alternativo a quello giurisdizionale, presuppone una concorde volontà di tutte le parti all'utilizzo di tale rimedio”* (Cons. St., sez. I, parere 18 dicembre 2015, n. 3496). E' dunque fuori luogo il ragionamento per cui il presente gravame sarebbe inammissibile – così come l'opposizione – in quanto sanerebbe indebitamente un termine (quello di 60 giorni) previsto a pena di decadenza e non rispettato.

0.2 Il Comune ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per la scorretta indicazione del provvedimento impugnato (prot. n. 64038 anziché 109270).

0.2a L'eccezione è infondata, poiché si tratta di un'irregolarità del tutto innocua che non impedisce di identificare chiaramente l'atto oggetto di gravame.

### NEL MERITO

Il ricorso è infondato, per le ragioni di seguito illustrate.

1. La giurisprudenza ha statuito che *“... la realizzazione di muri di cinta e/o contenimento di ragguardevoli dimensioni è soggetta al rilascio del permesso di costruire, inverandosi la nozione di nuova costruzione quante volte l'intervento edilizio produca un effettivo e rilevante impatto sul territorio e, dunque, in relazione alle opere di qualsiasi genere con cui si operi nel suolo e sul suolo, se idonee a modificare lo stato dei luoghi determinandone una significativa trasformazione (v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 24 marzo 2020, n. 2050; Cons. Stato, Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 212; Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4169); - infatti, il muro di cinta e/o di contenimento è struttura che - differenziandosi dalla semplice recinzione, la quale ha caratteristiche tipologiche di minima*

*entità al fine della mera delimitazione della proprietà - non ha natura pertinenziale, trattandosi invece di opera dotata di specificità ed autonomia soprattutto in relazione alla funzione assoluta ...*” (Consiglio di Stato, sez. VI – 13/4/2021 n. 3005 che richiama il proprio precedente n. 4169/2018; T.A.R. Veneto, sez. II – 22/1/2020 n. 67; T.A.R. Liguria, sez. I – 27/7/2021 n. 723).

1.1 Ne consegue che un’opera edilizia, di non trascurabili e anzi decisamente rilevanti dimensioni – come quella di cui si controverte – rientra, a pieno titolo, nella categoria di opere che necessitano del rilascio di permesso di costruire (T.A.R. Campania Salerno, sez. II – 22/2/2021 n. 459). Peraltro la stessa parte ricorrente ha preannunciato il possibile impulso all’iter della sanatoria, senza tuttavia fornire nel seguito aggiornamenti sulle iniziative coltivate al riguardo.

1.2 Sulla qualificazione degli interventi come semplici pertinenze, si osserva che *<<la qualifica di pertinenza urbanistica è applicabile soltanto a opere di modesta entità e accessorie rispetto a un’opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici "et similia", ma non anche a opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotano per una propria autonomia rispetto all’opera cosiddetta principale e non siano coesenziali alla stessa, tale cioè che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI - 10/11/2017 n. 5180 e l’ampia giurisprudenza citata); nella menzionata pronuncia i giudici d’appello hanno puntualizzato che "La giurisprudenza di questo Consiglio è costante nel ritenere che, a differenza della nozione civilistica di pertinenza, ai fini edilizi il manufatto può essere considerato una pertinenza quando è non solo preordinato ad un’oggettiva esigenza dell’edificio principale e funzionalmente inserito al suo servizio, ma è anche sfornito di un autonomo valore di mercato e non incide sul "carico urbanistico" mediante la creazione di un "nuovo volume" (Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 615, cit.). Nell’ordinamento statale, infatti, vige il principio generale per il quale occorre il rilascio della concessione edilizia (o del titolo avente efficacia equivalente), quando si tratti di un "manufatto edilizio" (cfr. Sez. VI, 24 luglio 2014, n. 3952): salva una diversa normativa regionale o comunale, ai fini edilizi manca la natura pertinenziale quando sia realizzato un nuovo volume, su un’area diversa ed ulteriore rispetto a quella già occupata dal precedente edificio, ovvero sia realizzata una qualsiasi opera, come ad es. una tettoia, che ne alteri la sagoma", per le loro caratteristiche, le opere realizzate fuoriescono dalla categoria delle pertinenze>>* (sentenza Sezione 23/3/2021 n. 283, che non risulta appellata).

1.3 Nella fattispecie, la platea e il sovrastante manufatto creano nuovo volume con una struttura stabilmente ancorata al suolo, e risultano del tutto autonome nel contesto (cfr. materiale fotografico in atti), in assenza peraltro di esplicitazioni sul possibile collegamento con il fabbricato principale.

2. Il provvedimento gravato individua chiaramente il manufatto che insiste sulla platea, ed entrambi rientrano nel raggio dell’ordinanza di demolizione che impone il ripristino dello stato dei luoghi entro 90 giorni.

3. Quanto alla denunciata disparità di trattamento, detto vizio non è configurabile *“... quando il termine di raffronto consiste in precedenti atti non conformi a legge, essendo evidente che colui che sia stato illegittimamente escluso da un determinato beneficio non può invocare l’eventuale illegittimità commessa a favore di altri al fine di ottenere che essa venga compiuta anche in proprio favore, specialmente in presenza di attività vincolata dell’Amministrazione”* (Consiglio di Stato, sez. V – 23/12/2019 n. 8718 e l’ampia giurisprudenza d’appello citata; T.A.R. Piemonte, sez. II – 14/10/2021 n. 915). E’ evidente che colui che sia stato – come parte ricorrente – legittimamente sanzionato per un dato comportamento non può invocare l’eventuale illegittimità commessa nei confronti di altri affinché essa venga compiuta anche in proprio favore. Quale confinante può – eventualmente – sollecitare l’attivazione dei poteri repressivi da parte dell’autorità preposta alla vigilanza urbanistico edilizia.

4. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, tenuto conto dell’avvenuta condanna alla rifusione racchiusa nell’ordinanza cautelare di primo grado.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna parte ricorrente a corrispondere al Comune resistente la somma di 2.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge (ferma la statuizione riguardante la fase cautelare).

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

La presente sentenza è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Stefano Tenca

IL PRESIDENTE

Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO