

**Pubblicato il 22/03/2021**

**Sent. n. 109/2021**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 14 del 2018, proposto da [omissis], rappresentata e difesa dagli avvocati Gaia Di Nezza e Oreste Scurti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Carpinone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Colalillo, con domicilio digitale come da PEC;

nei confronti

Vetrano Adelia, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- del permesso di costruire n. [omissis], rilasciato dal Comune di Carpinone nella persona del Responsabile dell'Ufficio Tecnico Geom. Mariarosaria Trivellini;
- di ogni altro provvedimento, preordinato, conseguente e connesso al predetto, ancorché non conosciuto, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, e pertanto, in particolare:
  - della richiesta di permesso di costruire datata [omissis] presentata dal controinteressato [omissis], recante protocollo n. [omissis] (composta da 27 pagg. numerata da pag. 100 a pag. 126) con relativa relazione tecnica di asseverazione dell'arch. [omissis];
  - dell'elaborato unico di progetto del [omissis], relazione descrittiva dell'intervento del [omissis] a firma dell'[omissis] con tutti i relativi allegati consistenti nell'estratto carta tecnica regionale, estratto planimetria catastale, estratto piano di fabbricazione, documentazione fotografica (precedente all'intervento), planimetria occupazione suolo, posizionamento gazebo, schema dimensionamento gazebo (totale complessivo di 10 pagg.);
  - della nota a firma del Geom. Mariarosaria Trivellini del [omissis], prot. partenza n. [omissis] avente ad oggetto "richiesta di Permesso di Costruire per la realizzazione di un gazebo- ditta [omissis]";
  - della nota a firma dell'[omissis] avente ad oggetto "richiesta Permesso di Costruire per la realizzazione di un gazebo";
  - della comunicazione inizio lavori del [omissis];
  - della comunicazione fine lavori del [omissis];
  - della concessione per l'occupazione quinquennale di spazi ed aree pubbliche n. [omissis];
  - della richiesta di concessione per l'occupazione permanente di spazi ed aree pubbliche recante prot. in arrivo n. [omissis];

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Marianna Scali nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2021, svoltasi con la partecipazione da remoto dei magistrati ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 183/2020, nonché dell'art. 4 del d.l. 28/2020, e in presenza, ai sensi degli stessi articoli, degli avvocati di cui al verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1. [omissis] agisce per l'annullamento del permesso di costruire e degli altri atti indicati in epigrafe, che hanno consentito la realizzazione di un gazebo all'odierna controinteressata. [omissis], in particolare, si duole dell'eccessiva vicinanza del gazebo alla propria abitazione e dal proprio garage, da cui disterebbe, rispettivamente, 3.5 e 1.5 metri.

A sostegno della richiesta di annullamento degli atti impugnati fa valere i seguenti motivi di ricorso.

1) Violazione, falsa applicazione degli articoli 8 e 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968 n. 1444, sui limiti di altezza e le distanze tra gli edifici. Difetto di istruttoria derivante dall'errata valutazione della natura dell'opera assentita al controinteressato. Violazione e falsa applicazione dei principi di buona fede, buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione anche ex art. 97 Cost. anche in relazione al mancato controllo da parte degli organi deputati per legge alla vigilanza delle procedure aventi rilievo pubblicistico dal lato urbanistico.

2) Violazione, falsa applicazione dell'art. 6 n.t.a. adottate dal comune di Carpinone. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del Nuovo regolamento edilizio adottato dal comune resistente. Violazione e la falsa applicazione egli artt. 873, 879, 905 e 907 del codice civile. Violazione, falsa applicazione dell'art 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968 n. 1444. Difetto di istruttoria derivante dall'errata valutazione della natura dell'opera assentita al controinteressato e per mancato controllo da parte degli organi preposti alla vigilanza delle procedure urbanistiche. Violazione e falsa applicazione dei principi di buona fede, buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione anche ex art. 97 Cost. per mancato controllo da parte degli organi deputati per legge alla vigilanza delle procedure aventi rilievo pubblicistico dal lato urbanistico.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 146, commi 1, 2 e segg. del d lgs. n. 42/2004, nonché, in subordine, del d.P.R. n. 31/2017, art. 3, comma 1 e segg. allegato B n. 17. Violazione e falsa applicazione del Piano territoriale paesistico-ambientale di vasta area n. 4 c.d. "Della Montagnola – Colle dell'Orso".

2. L'amministrazione si è costituita per resistere al ricorso deducendone l'inammissibilità e infondatezza.

3. All'udienza del 10 marzo 2021 la causa è passata in decisione.

4. Il ricorso è fondato.

I motivi di ricorso, stante la loro connessione e per i profili di assorbimento di seguito delineati, meritano trattazione congiunta.

4.1. Il Collegio ritiene utile evidenziare introduttivamente che il gazebo per cui è causa è una struttura metallica destinata a servizio di un'attività commerciale (bar-caffè), ed è posta su un'area pubblica affidata in concessione alla controinteressata con atto del [omissis].

Il manufatto, secondo quanto rappresentato da parte ricorrente e rimasto immune da contestazione, ha una dimensione pari a 9 metri di lunghezza e 2 di larghezza, con un'altezza di 2 metri e 45 cm, per una superficie complessiva di 18 m.q.

La struttura è stata eretta previo ottenimento di specifico permesso di costruire, in coerenza con la richiesta stessa della controinteressata la quale, nella propria istanza di permesso (v. dichiarazione a pagg. 101 e 103 della propria richiesta, in all. 2 del ricorso), aveva dichiarato espressamente che si sarebbe trattato di intervento "di nuova costruzione su area libera" [...] "di cui all'art. 10 del D.P.R. n. 380/2001" con "occupazione permanente di suolo pubblico" (v. all. 8) dello stato dei luoghi.

Il permesso di costruire reca, peraltro, la clausola che "Le opere eseguire dovranno essere rimosse allo scadere della validità della Concessione di suolo pubblico".

4.2. Orbene, ai fini di causa è essenziale ricordare che la giurisprudenza, con specifico riferimento alla normativa edilizio-urbanistica applicabile ai gazebo, è orientata a distinguere a seconda che la struttura in discussione sia destinata, in concreto, ad un uso temporalmente limitato ovvero permanente.

Nel primo caso la natura meramente temporanea dell'opera escluderebbe la sua idoneità ad alterare lo stato dei luoghi, e dunque la necessità del permesso di costruire; nel secondo caso, invece, si sarebbe in presenza di un "intervento di nuova costruzione", ai sensi di quanto disposto dall'articolo 3, comma 1, lett. e), e 5 del d.p.r. n. 380/2001, con conseguente necessità del permesso di costruire e soprattutto, a monte, del rispetto delle ordinarie regole urbanistico- edilizie.

In argomento sembra particolarmente utile richiamare una recente sentenza emessa proprio con riferimento alla costruzione di un gazebo, il cui contenuto ben sintetizza l'orientamento giurisprudenziale sopra delineato: "4.3. Con riferimento, infine, ai due gazebo, si osserva che, secondo la giurisprudenza prevalente dalla quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, l'intervento edilizio che ha comportato la sistemazione degli spazi esterni (viali pedonali e muretti di perimetrazione, gazebo, pensiline), è annoverabile nel concetto di "nuova costruzione" di cui all'art. 3, lett. e), d.P.R. n. 380/2001, che riguarda ogni trasformazione urbanistica del territorio non rientrante nelle categorie della manutenzione ordinaria e straordinaria, del restauro e risanamento conservativo e della ristrutturazione edilizia, e che comprende qualunque manufatto autonomo o modificativo di altro preesistente, necessitante in base al successivo art. 10 del permesso a costruire e sanzionabile, in sua mancanza, con la sanzione della demolizione ex art. 31 (T.A.R. Napoli n. 5313/2018).

Ancora, si rileva che i manufatti funzionali a soddisfare esigenze permanenti, devono essere considerati come idonei ad alterare lo stato dei luoghi, con un sicuro incremento del carico urbanistico, non rilevando la precarietà strutturale del manufatto, la rimovibilità della struttura e l'assenza di opere murarie; ciò in quanto il manufatto non precario (es.: gazebo o chiosco) non è utilizzato per fini contingenti, ma è destinato ad un utilizzo reiterato nel tempo, in quanto opere realizzate per attività stagionali. Deve pertanto rilevarsi come, ai fini dell'esonero dall'obbligo del possesso del permesso di costruire, l'opera precaria deve essere destinata ad un uso temporalmente limitato del bene, mentre la stagionalità dell'uso non esclude la destinazione del manufatto al soddisfacimento di esigenze permanenti nel tempo (T.A.R. Lecce n. 666/2019).

Infine, gli interventi consistenti nella installazione di tettoie o di altre strutture analoghe, quali i gazebo, che siano comunque apposte a parti di preesistenti edifici come strutture accessorie di protezione o di riparo di spazi liberi, non possono ritenersi installabili senza permesso di costruire allorquando le loro dimensioni sono di entità tale da arrecare una visibile alterazione all'edificio o alle parti dello stesso su cui vengono inserite.

Orbene, nel caso in esame, i gazebo presentano delle dimensioni importanti (circa 20 mq complessivi) e, quindi, non tali da consentire che l'opera possa essere ritenuta, in senso urbanistico, qualificata come meramente accessoria al manufatto principale, di cui modifica la sagoma e i prospetti. Né possono essere ritenuti "precari", in quanto sono destinati a garantire un'utilità stabile nel tempo" (Così TAR Puglia, Lecce, I, sentenza n. 257 del 2020; in senso analogo, sempre in tema di gazebo, cfr. TAR Molise, sentenza n. 353 del 2016; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4318 del 2017; n. 4438 del 2013; sez. VI, n. 6382 del 2012; sez. IV, n. 2705 del 2008; e cfr. altresì Consiglio di Stato, sezione II, sentenza n. 4541 del 2020, in materia di tettoie: "ai fini dell'osservanza delle norme sulle distanze legali tra edifici, la nozione di costruzione deve estendersi a qualsiasi manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal livello di posa e di elevazioni dell'opera").

4.3. Ciò posto, con riferimento al caso di specie deve evidenziarsi che l'amministrazione, alla luce della giurisprudenza appena richiamata, sarebbe dovuta partire da un esame delle specifiche caratteristiche strutturali e funzionali del gazebo in questione, per poi procedere alla sua

qualificazione al fine di stabilire il regime normativo di riferimento, e verificare infine il rispetto di quest'ultimo.

Gli accertamenti indicati risultano tuttavia omessi.

Il Comune, pur avendo apparentemente ritenuto che venisse in rilievo un intervento di nuova costruzione, non risulta avere in alcun modo provveduto, in particolare, in coerenza con la natura del titolo oggetto di richiesta, a verificare l'effettiva compatibilità dell'opera con la normativa urbanistico-edilizia indicata in questa sede da parte ricorrente nei motivi di ricorso, con particolare riguardo alle regole relative alle distanze.

4.4. Stante quanto precede, il ricorso va dunque accolto sotto il dedotto profilo, logicamente preliminare, del radicale difetto di istruttoria in cui l'amministrazione è incorsa: motivo che in concreto risulta assorbente anche per la ragione che dall'esame degli atti di causa emerge che la concessione per l'occupazione di durata quinquennale di suolo pubblico su cui insiste il gazebo risulta scaduta già in data 31.12.2020, e non consta essere stata rinnovata.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla il permesso di costruire impugnato.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite che liquida nella misura di euro 1.600,00, oltre agli accessori di legge e alla restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021, svoltasi con la contemporanea e continua presenza da remoto dai componenti il Collegio ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 183/2020 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Daniele Busico, Referendario

L'ESTENSORE

Marianna Scali

IL PRESIDENTE

Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO