

EDILIZIA ED URBANISTICA: Pertinenza urbanistica - Qualifica - Casi in cui può essere applicata - Individuazione - Abusi edilizi - Ordine di demolizione - Chiosco bar di non secondarie dimensioni - Realizzato in area demaniale marittima in concessione – In difetto del permesso di costruire - Legittimità, dovendosi escludere la natura pertinenziale e l’assoggettamento al regime di edilizia libera.

Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2022, n. 8320

in *Riv. giur. dell’edilizia*, 6, 2022, pag. 1512 e ss.

1. “[...] la qualifica di pertinenza urbanistica è applicabile, infatti, soltanto ad opere di modesta entità e accessorie rispetto ad un’opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici, ma non anche ad 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, tali, cioè, che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica [...]”.

2. “[...] è evidente [...] che la natura pertinenziale, e quindi l’assoggettamento al regime di edilizia libera, deve essere escluso per il chiosco-bar e per il locale deposito, difettando in ogni caso il requisito della modesta entità che caratterizza le pertinenze urbanistiche: tale dato si apprezza dalle fotografie in atti, a prescindere dal preciso rilievo delle misure; inoltre è evidente che ciascuna delle due strutture è dotata di una propria autonomia, rispetto al fabbricato principale, tanto che non si potrebbe escludere, in avvenire, che esse possano essere fatte oggetto di concessione demaniale distinta rispetto a quella relativa al fabbricato principale. Al fine di individuare il regime al quale sono assoggettate, pertanto, non rileva il fatto che le strutture siano, in tesi, agevolmente smontabili e rimovibili: tale aspetto potrebbe eventualmente essere rilevante al fine di valutare la conformità delle opere al Piano comunale delle spiagge, ma non al fine di escludere la necessità di un preventivo titolo edilizio [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vibo Valentia, del Ministero dell’Interno, della Capitaneria di Porto di Vibo Valentia, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell’Economia e delle Finanze, della Questura Vibo Valentia, dell’Ufficio Territoriale del Governo Vibo Valentia e del Comando Provinciale Carabinieri di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 giugno 2022 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati Alessio Giuseppe Antonio Colistra e Francesco Lilli, su delega dell'avv. Maristella Paoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1. La società La Rada, s.r.l. (in prosieguo solo "La Rada") è titolare in Comune di Vibo Valentia di concessione demaniale per la gestione dello stabilimento balneare denominato "Lido la Rada", affidato in gestione alla società Gramaca s.r.l.

2. All'interno dello stabilimento sono state realizzate, in assenza di titolo autorizzativo, una serie di opere, delle quali il Comune di Vibo Valentia ha intimato la rimozione: si tratta, in particolare, di un collegamento tra il ristorante e i servizi; di n. 4 pergotende dislocate nell'area giardino; di una chiusura della pedana esterna con tetto in tegole e materiale in PVC; di un locale deposito; di un chiosco Bar; di un gazebo posto vicino all'ingresso del ristorante nell'area giardino.

3. In relazione a tali opere il Comune: ha ingiunto la rimozione, con diffida n. 1 del 16.03.2018, adottata ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. n. 380/2001; ha respinto una istanza di annullamento in autotutela di tale ingiunzione; ha respinto, con distinti provvedimenti, due istanze di sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001; ha inibito, nei confronti della società Gramaca s.r.l., l'esercizio dell'attività di ristorante all'interno della veranda esterna e della porzione della cucina interessata da alcune delle opere abusive.

4. La società La Rada ha impugnato gli indicati provvedimenti innanzi al TAR per la Calabria, con distinti ricorsi, respinti con la sentenza del cui appello si tratta: con tale decisione il TAR ha in parte accolto il ricorso, aderendo alla tesi della ricorrente secondo cui alcune opere (3 pergotende) sono di edilizia libera; ha confermato l'abusività delle altre opere, che non sarebbero né di edilizia libera né pertinenziale; ha ritenuto corretto il diniego di sanatoria, a cagione della presenza di un vincolo idrogeologico, che consente di realizzare solo opere amovibili; ed ha affermato la legittimità dell'ordine di demolizione, con riferimento alle opere per le quali la sanatoria è stata presentata precedentemente all'ordine di demolizione.

4.1. In particolare, il TAR ha qualificato quasi tutte le opere quali "nuova costruzione" soggetta a PdC, ed ha inoltre respinto l'eccezione sollevata dalla ricorrente in primo grado, secondo cui, sorgendo l'area dello stabilimento sorgerà in area portuale, le funzioni amministrative di vigilanza sarebbero state sottratte alla delega ex art. 59 DPR 616/77, con l'effetto di mantenerle in capo alla Capitaneria di Porto.

5. La società la Rada ha appellato l'indicata decisione.

6. Il Comune di Vibo Valentia si è costituito in giudizio, resistendo con memorie, mentre le Amministrazioni statali si sono costituite con mera comparsa di stile.

7. In occasione della camera di consiglio del 16 luglio 2020 il Collegio ha accolto la domanda incidentale di sospensione della sentenza impugnata.

8. La causa è stata quindi chiamata all'udienza pubblica del 21 gennaio 2020, in esito alla quale il Collegio ha disposto una verifica, al fine di accertare "1) quali siano effettivamente le opere realizzate e fatte oggetto dell'ordinanza di demolizione, tenuto conto delle opere nel tempo assentite con titoli abilitativi regolarmente rilasciati prima della loro realizzazione ovvero a sanatoria delle stesse, 2) la consistenza di tali opere e la qualificazione giuridico-tecnica delle stesse, onde poter riferire in merito alle singole tipologie di titolo edilizio necessario per la realizzazione ciascuna delle opere fatte oggetto dell'ordinanza di demolizione; 3) la reale incidenza, sotto il profilo funzionale e statico, della esecuzione dell'ordine di rimessa in pristino, per come disposto dal Comune di Vibo Valentia, rispetto alle costruzioni già regolarmente realizzate"; la verifica è stata affidata al dirigente Responsabile del Dipartimento urbanistica, Settore urbanistica e vigilanza edilizia, della Regione Calabria, al quale ha assegnato termine sino al 15 dicembre 2021 per il deposito della relazione.

9. A seguito di deposito di istanza di ricusazione del verificatore, da parte delle società appellanti, la causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 26 novembre 2022, in occasione della quale, respinta la richiesta di nomina di diverso verificatore, il Collegio ha fissato nuovo termine per il deposito della relazione al 15 marzo 2022, fissando per il prosieguo l'udienza pubblica del 30 giugno 2022.

10. In data 15 marzo 2022 il verificatore ha depositato la sua relazione, unitamente a numerosi allegati.

11. Alla pubblica udienza del 30 giugno 2022, previo scambio di memorie, la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

DIRITTO

12. Con il primo motivo d'appello le società La Rada e Gramaca deducono la nullità della sentenza in quanto fondata su una verifica nulla, demandata ad una delle parti del giudizio, con conseguente violazione dell'art. 19, comma 2, c.p.a.

12.1. Sul punto si precisa che con ordinanza n. 659 del 2 aprile 2019 il TAR, rilevando "la insufficienza/carenza di materiale fotografico teso a suffragare le valutazioni sul regime dei singoli interventi edilizi" si è limitato a disporre "il deposito da parte della Capitaneria di Porto entro il 30.6.2019 di relazione in cui si descrivano le caratteristiche dei 7 manufatti di cui all'ordinanza del

Comune di Vibo – Dipartimento 2 settore 4 ed il suo uso, con specificazione di dimensioni, materiali, destinazione, mobilità, accompagnata da documentazione fotografica per ciascun intervento”.

12.2. L’indicata ordinanza non ha richiamato l’istituto della verifica né l’art. 19 c.p.a., e in sostanza si è limitata a chiedere alla Capitaneria di Porto dei chiarimenti: in proposito si osserva che questo Consiglio di Stato ha già avuto occasione di affermare che *“è consentito al giudice amministrativo di richiedere alla stessa amministrazione che ha emanato il provvedimento impugnato gli opportuni chiarimenti, senza che ciò implichi violazione del principio di terzietà, del diritto di difesa e del contraddittorio”* (Cons. di Stato, Sez. IV, 29 aprile 2004, n. 2609), in quanto *“l’onere istruttorio viene diretto all’amministrazione non solo, e non tanto, perché parte processuale ma soprattutto in quanto autorità pubblica che, in tale specifica qualità deve collaborare con il giudice al fine di accertare la verità dei fatti”* (Cons. di Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 881).

12.3. Valga, inoltre, la considerazione che nel presente giudizio sono stati impugnati solo e unicamente atti adottati dal Comune di Vibo Valentia, o accertamenti effettuati da agenti del relativo Corpo di Polizia municipale; di conseguenza la Capitaneria di porto, ancorché evocata in giudizio e costituitasi con il patrocinio dell’Avvocatura distrettuale, non poteva considerarsi parte sostanziale del giudizio, anche perché – come meglio infra si dirà – nessuna delle Amministrazioni statali evocate in giudizio ha un interesse effettivo a sostenere la legittimità o l’illegittimità degli atti impugnati, essendosi solo limitata ad autorizzare, per quanto di competenza e con espressa salvezza degli atti autorizzativi di competenza di altre amministrazioni, talune delle opere oggetto degli atti impugnati.

12.4. La censura, pertanto, deve essere respinta perché infondata, non ravvisandosi cause di nullità dell’istruttoria disposta in primo grado, richiamata nella appellata sentenza.

13. Con il secondo motivo d’appello si contesta il capo della sentenza che ha respinto la censura secondo cui l’ingiunzione di demolizione delle opere sarebbe illegittima per incompetenza del Comune, tenuto conto del fatto che in materia di demanio portuale non sarebbe intervenuta la delega di funzioni amministrative dallo Stato agli enti locali.

13.1. Sul punto il TAR ha osservato che *“la competenza ad emanare l’ordine di demolizione per difetto di titolo edilizio e non per difetto di titolo autorizzatorio all’occupazione di suolo demaniale ricade nella competenza provvedimentale ed esecutiva del Comune, ai sensi dell’art. 35, d.P.R. n. 380 del 2001 (v. per tutte, T.A.R., Napoli, sez. VII, 10/10/2014, n. 5261).”*

13.2. Le società appellanti contestano l'indicata statuizione riproponendo l'argomento secondo cui il D.P.R. n. 616/77 non avrebbe delegato ai comuni alcuna delle funzioni statali in materia di demanio portuale, ragione per cui tutte le funzioni amministrative relative a tali aree demaniali sarebbero rimaste di esclusiva competenza dello Stato, così come previsto anche dall'articolo 105, comma 2, lett. 1, del D.lgs. 112/199, comma 3: e tra le funzioni che sarebbero oggetto della riserva allo Stato dovrebbero includersi anche quelle inerenti la trasformazione urbanistica-edilizia del territorio e l'esercizio dei poteri repressivi, unitamente al più generale potere di polizia amministrativa, non sussistendo spazio alcuno per l'esercizio di poteri concorrenti da parte degli enti locali (art. 117 Cost.).

13.3. Il Collegio osserva il D.P.R. n. 380/2001, all'art. 8, stabilisce che la realizzazione, da parte di privati, di interventi su aree demaniali è disciplinata dalle norme di esso D.P.R. n. 380/2001, in base al quale spetta ai comuni: la disciplina dell'attività edilizia (art. 2, comma 4); la costituzione dello sportello unico per l'attività edilizia, deputato, inter alia, alla ricezione di tutti gli atti relativi a pratiche edilizie e al rilascio di permessi di costruire; la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e l'adozione dei provvedimenti sanzionatori (art. 27 e segg.), ed infine l'adozione dei provvedimenti finalizzati alla rimozione delle opere abusive realizzate su terreni del demanio o del patrimonio dello Stato o di altri enti pubblici (art. 35).

13.4. Le citate norme hanno rango primario e molte di esse riproducono previsioni che preesistevano al D.P.R. n. 616/77; quest'ultimo ha devoluto alle regioni ed agli enti locali le funzioni ivi indicate, ferme restando quelle ad essi già conferite da altre leggi vigenti (art. 2 D.P.R.

n. 616/77). Ciò vale, in particolare, per la competenza del sindaco al rilascio dei titoli edilizi ed alla vigilanza sull'attività edilizia, già prevista dall'art. 220 del R.D. 165/34 e poi dagli articoli 31 e 32 della L. 1150/42, che, dunque, sono espressione di funzioni attribuite ai comuni già prima del D.P.R. n. 616/77, e che dunque sono rimaste in capo agli enti medesimi, secondo quanto stabilito dall'art. 2 del citato D.P.R. e come poi il D.P.R. n. 380/2001 ha confermato. Di conseguenza il fatto che l'art. 59 del D.P.R. n. 616/77 abbia delegato alle regioni le funzioni relative al demanio marittimo, riservando allo Stato quelle relative al demanio portuale, non rileva in alcun modo, posto che la clausola generale di cui al precedente art. 2 ha mantenuto ferme le funzioni già attribuite ai comuni in base a leggi vigenti.

13.5. Quanto all'art. 105, comma 2, lett. 1) del D. L.vo 112/98, si tratta di previsione inconferente, che si riferisce alle funzioni relative ai procedimenti funzionali al rilascio delle concessioni su beni demaniali, funzioni che sono differenti rispetto alle funzioni relative alla vigilanza sull'attività edilizia.

13.6. Segue da quanto rilevato che nei settori demaniali esclusi dalla delega a favore delle regioni la competenza del M.I.T. è limitata al rilascio degli atti concessori, atti che non sono in alcun modo sostitutivi dei titoli edilizi di competenza comunale. La circostanza, poi, che la realizzazione di opere su aree demaniali necessiti di autorizzazione da parte dell'autorità statale preposta alla tutela del bene demaniale non implica assolutamente un implicito spostamento delle competenze relative all'uso del territorio, essendo tale autorizzazione necessaria al solo fine di far constare, nell'ambito del procedimento di competenza comunale, l'esistenza del consenso dell'ente proprietario alla modificazione del bene demaniale.

13.7. Il fatto che la società La Rada si sia procurata dalla Capitaneria di porto l'autorizzazione a realizzare talune delle opere in contestazione non rende queste ultime automaticamente legittime, non potendosi tali autorizzazioni ritenere sostitutive degli atti di assenso di competenza del comune. Né, peraltro, le suddette autorizzazioni demaniali possono aver ingenerato un affidamento legittimo circa la liceità di tali opere edilizie, dal momento che la normativa vigente è chiara nell'attribuire solo ai comuni le competenze in materia di rilascio dei titoli edilizi e di vigilanza sull'attività edilizia, ragione per cui non può che ritenersi "colpevole" l'affidamento che le società edilizie possono aver riposto sulle concessioni demaniali o sulle ulteriori autorizzazioni rilasciate dal Demanio in relazione alle opere di cui si discute.

13.8. Alla luce delle considerazioni che precedono va respinto, conclusivamente, anche il secondo motivo d'appello.

14. Con il terzo motivo d'appello si deduce l'erroneità della decisione appellata per non aver considerato che l'ingiunzione di demolizione sarebbe stata adottata mentre era in corso il procedimento finalizzato al rilascio della sanatoria ex art. 36 de. D.P.R. n. 380/2001: con riferimento alle opere di collegamento dei fabbricati la ricorrente ha dedotto, infatti, di aver presentato istanza di sanatoria "di conformità" il 23 febbraio 2018, cioè prima della notifica della diffida a demolire n. 1 del 16 marzo 2018, e assume che per tale ragione il procedimento sanzionatorio doveva considerarsi sospeso sino a definizione del procedimento medesimo: le società appellanti richiamano, a sostegno dell'assunto, il precedente della Sezione di cui alla sentenza n. 156 del 7 gennaio 2019.

14.1. Le appellanti, inoltre, contestano l'affermazione del TAR secondo cui sarebbe intervenuto difetto di interesse alla decisione relativamente alle opere di cui al punto 1 della ordinanza di demolizione: secondo il TAR "il provvedimento risulterebbe illegittimo in quanto per essa e solo per essa – diversamente dagli altri di cui alle lett. a), b) (v. doc. 16 fasc. ricorrente) – era stata presentata prima del provvedimento demolitivo del 16.3.2018 l'istanza di permesso in sanatoria,

presentata il 23.2.2018...”, ma ha ritenuto essere sopravvenuto il difetto di interesse alla declaratoria di illegittimità, in parte qua, della ordinanza di demolizione, essendo stata riconosciuta la legittimità del diniego di sanatoria, alla quale il Comune avrebbe dovuto dare seguito reiterando l’ordinanza di demolizione.

14.2. Secondo le appellanti il TAR non avrebbe correttamente applicato il suddetto insegnamento, perché – indipendentemente dall’esito del ricorso sul sopravvenuto diniego di sanatoria – avrebbe dovuto comunque dichiarare l’illegittimità della diffida, vista l’impossibilità dell’ente di azionare i poteri repressivi in pendenza dell’istanza di accertamento in conformità. Le appellanti hanno peraltro richiamato anche il diverso orientamento di questa Sezione del Consiglio di Stato secondo il quale la presentazione dell’istanza di sanatoria non determina l’inefficacia o l’invalidità dell’ingiunzione di demolizione, comportando solo che l’esecuzione della sanzione è da considerarsi temporaneamente sospesa, per poi riprendere efficacia nel caso di diniego della sanatoria richiesta: si richiamano, al proposito, le sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, 30/01/2020, n. 775 e 05/12/2019, n. 8319). L’ultrattività della diffida costituisce il presupposto per il perdurante interesse del ricorrente alla dichiarazione di illegittimità dell’ingiunzione demolitoria, e secondo le appellanti tale interesse sussiste in quanto le opere contestate non sarebbero abusive.

14.3. Il Collegio, confermando l’orientamento secondo cui *“Quando è proposta una domanda di accertamento di conformità, ai sensi dell’art. 36 del T.U. n. 380 del 2001, si verifica una sospensione dell’efficacia dell’ordine di demolizione (nel senso che questo non può essere portato ad esecuzione, finché non vi sia stata la definizione della domanda, con atto espresso o mediante il silenzio-rigetto), sicché nel caso di rigetto dell’istanza di accertamento di conformità l’ordine di demolizione riacquista la sua efficacia (cfr. Cons. St. n. 3417/2018; Cons. St. 1393/2016, Cons. St. 466/2015, Cons. St. 2307/2014).”* (Cons. Stato, Sez. VI, n. 6594 del 26 luglio 2022), da ciò consegue la necessità che vengano riesaminate le istanze di sanatoria. Nel tempo necessario a definire tali procedimenti l’efficacia della ordinanza di demolizione deve ritenersi temporaneamente sospesa, per cui non può essere portata ad esecuzione .

Ha errato il Tar a dichiarare insussistente il difetto di interesse del ricorrente a far verificare la legittimità della demolizione ma va respinto nel merito il motivo che lega alla mera presentazione della istanza di accertamento di conformità la totale paralisi dei poteri repressivi l’ordinanza di demolizione restando comunque priva di efficacia nelle more della pendenza del procedimento per l’accertamento di conformità .

In sostanza occorre in tal caso verificare nel merito se sussistessero o meno i presupposti per l’adozione della demolizione.

In proposito – come infra si vedrà – nel merito l'adozione dei provvedimenti repressivi è sostanzialmente corretta tranne che per alcune delle opere realizzate (la pergotenda).

14.4. Va altresì precisato che il Collegio ritiene che a rigore non sussista, in capo alle società appellanti, l'interesse alla declaratoria di illegittimità, in parte qua, della ingiunzione di demolizione onde evitare il verificarsi dell'effetto automatico che di norma scaturisce dalla mancata tempestiva ottemperanza a una ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive, ovvero dell'effetto rappresentato dalla perdita della proprietà delle opere abusive e del sedime sul quale esse insistono e dall'acquisizione di esse al patrimonio del comune: tale effetto deve escludersi, nel caso di specie, in ragione della appartenenza del sedime interessato, e delle opere che su di esso insistono, al demanio necessario dello Stato, circostanza questa che esclude che la relativa proprietà possa essere perduta dalle società appellanti e/o acquisita al patrimonio del Comune. Non a caso, del resto, l'art.

35 del D.P.R. n. 380/2001, prevede, al comma 2, che la demolizione di opere realizzate abusivamente su beni del demanio o del patrimonio dello Stato o di altri enti pubblici, è eseguita *“a cura del comune ed a spese del responsabile dell'abuso”*, con previsione che esclude, implicitamente, la possibilità che le opere possano essere mantenute in sito.

14.5. Le società appellanti, conclusivamente, per un verso vantano un interesse alla contestazione della demolizione adottata in pendenza dell'istanza di accertamento di conformità per altro verso avanzano la pretesa infondata di vederla dichiarare illegittima per il solo fatto che essa demolizione sia stata adottata in pendenza del procedimento di accertamento di conformità, mentre avverso la demolizione vanno presentate censure relative alla legittimità dell'attività realizzata, non comportando l'accertamento della conformità una assoluta paralisi dei poteri sanzionatori ma solo la loro inefficacia o inattitudine esecutiva (la demolizione rivestendo allora un carattere di accertamento provvisorio dell'illegittimità destinato a determinare una lesione all'atto della definizione negativa delle istanze di accertamento di conformità).

15. Al quarto motivo d'appello è censurata la statuizione del TAR che ha ritenuto che una delle quattro “pergotende” oggetto della ordinanza di demolizione sia, contrariamente alle altre tre, da qualificare quale opera soggetta a preventivo rilascio di permesso di costruire, e come tale abusivamente realizzata, in assenza del predetto titolo.

15.1. Il TAR ha infatti accolto – con statuizione ormai passata in giudicato – il ricorso originario per quanto riguarda le tre “pergotende” descritte al punto 5 dell'ordine di demolizione, mentre l'ha respinto relativamente alla struttura descritta al punto 3 di tale ordine, ritenendo che in fatto abbia caratteristiche incompatibili con quelle delle “pergotende” esonerate dal preventivo titolo edilizio; queste ultime, secondo il TAR, sarebbero caratterizzate dal fatto che l'opera principale è costituita

da una tenda, risultando le ulteriori strutture di supporto meramente accessorie; non sarebbe pertanto configurabile una pergotenda se, come nel caso di specie, la struttura principale è solida e permanente e, soprattutto, tale da determinare una evidente variazione di sagoma e prospetto dell'edificio con impatto sull'estetica e sulla "fotografia" del paesaggio, e ciò a prescindere dalla sua natura precaria e amovibile; inoltre, nella specie non ricorrerebbero tutte le condizioni di cui all'art. 6, lett. e.5), del D.P.R. n. 380/2001, in particolare la destinazione della struttura alla sosta ed al soggiorno, necessariamente occasionali e limitati nel tempo, di turisti, posto che essa sarebbe di natura stabile, come accertato sia in esito a un sopralluogo del gennaio 2018 della polizia municipale, sia dalla Capitaneria di porto, nel corso della istruttoria demandata dal TAR.

15.2. La verifica disposta nel corso del presente giudizio – sulla cui validità ci si soffermerà in prosieguo – riferisce che *“il manufatto in questione risulta realizzato con una struttura lignea, alquanto, simile a quella delle altre tre pergotende, già oggetto di causa nella succitata Sentenza del TAR Calabria (cfr All. 1) e che sostanzialmente risulta staccato dal locale ristorante e tale, quindi, da non comportare un'effettiva alterazione della sagoma o del prospetto dello stesso a ciò conseguendo la sua facile amovibilità tale da costituire un elemento di arredo esterno di riparo e protezione e volto a valorizzare la fruizione degli spazi antistanti al locale ristorante.”*.

15.2. Tenuto conto di tali rilievi il Collegio ritiene condivisibile la conclusione cui è giunto il verificatore, circa il fatto che si tratta di una struttura essenzialmente funzionale a sostenere, in sicurezza per gli avventori, una tenda con funzione di ombreggiamento, riconducibile ai manufatti di cui al punto 50 di cui alle Definizioni Uniformi- di cui al D.P.C.M. del 20 ottobre 2016, anche perché ancorata al suolo in modo da poter essere facilmente rimossa: sul punto si richiama il precedente della Sezione di cui alla sentenza n. 32 del 4 gennaio 2022, ove, *“Riguardo alle “pergotende” il Collegio precisa trattarsi di manufatti accomunati da fatto che creano degli ambienti simili ai pergolati, con la differenza che l'ombreggiatura è determinata da una tenda orizzontale, o lievemente inclinata, sostenuta da bracci mobili che si protendono da un edificio oppure da una struttura fissa, composta di pilastri e da elementi orizzontali, comunque non adatta a portare carichi pesanti e tale da comportare un irrisorio impatto visivo”*.

15.3. Va pertanto accolto il motivo d'appello in esame nonché il corrispettivo motivo di ricorso di primo grado, che denunciava l'illegittimità dell'ordine di demolizione anche in relazione alla struttura descritta al punto n. 3 dell'ingiunzione di demolizione, trattandosi di opera di edilizia libera. Per l'effetto va annullata, in parte qua, l'ingiunzione di demolizione n. 1 del 16 marzo 2018.

16. Il quinto e sesto dei motivi d'appello denunciano l'erroneità della appellata sentenza nella parte in cui ha respinto ritenuto l'abusività delle opere di copertura della pedana esterna, di cui al punto n.

7 della ingiunzione di demolizione, nonché le opere di collegamento tra i corpi di fabbrica, i chiosco-bar e il deposito, di cui ai punti nn. 1, 2 e 6 della ingiunzione di demolizione. La disamina di tali censure richiede una preventiva disamina della verifica svolta in corso di causa e delle eccezioni di nullità sollevate da parte appellante nei confronti della medesima.

16.1. Per quanto riguarda le opere di cui al punto n. 1 della ingiunzione 16 marzo 2018, il verificatore ha riferito che hanno determinato *“l’ampliamento dei locali cucina del locale ristorante seguito di collegamento con il vano servizi; in particolare sono state realizzate due pareti laterali con pannelli prefabbricati poggiati su una piattaforma in cemento armato ove, a seguito di parziale demolizione della parete esterna si è creato un incremento di superficie coperta del locale cucina. Sul piano di copertura è stata, altresì, realizzata una struttura in legno lamellare in elevazione – del tipo abbaino, accessibile dall’esterno mediante una scala a chiocciola in ferro.”*, Si tratta, inoltre, di struttura non amovibile. L’intervento sarebbe conforme al Piano Spiaggia di cui alla presa d’atto della Giunta Comunale – giusta delibera n. 67 del 13.03.2012, ma non è mai stato formalmente autorizzato dal Comune, che attendeva l’autorizzazione della Capitaneria di Porto, la quale ha espresso il proprio assenso richiamando la società La Rada alla necessità di munirsi della necessaria autorizzazione. In relazione a tali opere il verificatore ha anche riferito che la relativa rimozione potrebbe pregiudicare, seppure parzialmente, l’integrità dei corpi di fabbrica realizzati legittimamente.

16.2. Per quanto riguarda la pedana esterna (Punto 7 della ingiunzione di demolizione), il verificatore ha riferito che è stata realizzata, sopra di essa, una copertura costituita da una vera e propria tettoia, parzialmente distrutta da una mareggiata nel corso del giudizio ma ben visibile dalle fotografie e dalle planimetrie prodotte in allegato alla perizia di parte del 3 luglio 2018, acquisita dal verificatore e prodotta come all. 18 alla verifica. La struttura portante è stata realizzata con pilastri d’acciaio su basamento in blocchi di calcestruzzo, con piastre e bulloni, e copertura realizzata con orditura in legno lamellare con sovrapposto manto di copertura in tegole, mentre sui tre lati liberi risultavano installati dei teli avvolgibili in materiale PVC retrattile a mera protezione degli agenti atmosferici. Il verificatore ha inoltre riferito che la società La Rada aveva ottenuto dalla Capitaneria di Porto l’autorizzazione 9 maggio 2011, relativa a un *“sistema di ombreggiamento mediante telo allacciato, tipo tendalino, e telai in legno, ...poggianti su sostegni in acciaio adeguatamente dimensionati, in sostituzione degli ombrelloni previsti”* nella precedente autorizzazione, coeva alla installazione della pedana; inoltre la società ha chiesto ed ottenuto dalla Capitaneria di Porto l’autorizzazione 23 dicembre 2011, relativa alla *“variazione del sistema di ombreggiamento con protezione impermeabilizzante mediante l’apposizione di listelli in legno, di*

modeste dimensioni, avvitati ai sostegni in legno già esistenti, e idonea impermeabilizzazione completa di elaborato grafico per farne parte integrante”, e solo sulle opere indicate in tale ultima autorizzazione il Comune ha espresso – con nota in pari data – l’avviso secondo cui i lavori non sarebbero stati soggetti a titolo abilitativo.

16.3. Il manufatto di cui al punto 6 della ingiunzione di demolizione è descritto dal verificatore come *“manufatto di forma rettangolare, quale locale destinato da progetto a somministrazione di prodotti gastronomici benché utilizzato al momento della contestazione come mero deposito, con copertura a falde inclinate, con struttura realizzata con pannelli prefabbricati in cemento armato precompresso e intervallato da ampie vetrate ed elevata su una platea in calcestruzzo il cui tetto di copertura a quattro falde risulta realizzato con travi in legno lamellare e sovrastanti tegole in laterizio.”*. L’opera è stata autorizzata dalla Capitaneria di porto con provvedimento dell’11 giugno 2013, previa assicurazione, da parte del Comune, della conformità al Piano spiaggia, ma con l’indicazione della necessità di munirsi delle autorizzazioni necessarie, che non sono mai state rilasciate.

16.4. Il Chiosco-bar, di cui al punto 2 della ingiunzione di demolizione è descritto dal verificatore come una struttura realizzata *“con pannelli prefabbricati fissati a terra, sovrastanti un basamento prefabbricato in calcestruzzo su piloni infissi nell’arenile e la cui copertura è realizzata in legno lamellare debitamente coibentati”*..

16.5. Le società appellanti hanno contestato la relazione del verificatore deducendone, con memoria depositata il 7 giugno 2022, la nullità per violazione del contraddittorio, affermando che il verificatore non avrebbe svolto i sopralluoghi in contraddittorio con le parti, essendosi limitata alla sola verifica visiva dello stato dei luoghi, senza effettuare rilievi e quindi senza acquisire misure, caratteristiche tecniche, destinazioni d’uso e altri elementi utili alla decisione. Le appellanti deducono, inoltre, che il verificatore non avrebbe corredato la relazione dei necessari elaborati grafici e non avrebbe convocato tutte le parti del giudizio, avendo ommesso di convocare le amministrazioni statali.

16.5.1. La censura è manifestamente destituita di fondamento avuto riguardo alla circostanza che il verificatore risulta aver regolarmente convocato all’inizio delle operazioni di verifica il Comune di Vibo Valentia, il quale – come già argomentato al precedente paragrafo 12.3 – deve considerarsi l’unica controparte effettiva rispetto alle società appellanti: oggetto di impugnazione, infatti, sono solo e unicamente atti adottati dal Comune citato e accertamenti effettuati dalla relativa Polizia Municipale, rispetto ai quali la Capitaneria di porto di Vibo Valentia si è limitata ad autorizzare, per quanto di propria competenza e con espressa salvezza delle autorizzazioni di competenza di altre

amministrazioni, alcune delle opere oggetto della ingiunzione di demolizione. Pertanto il fatto che le suddette Amministrazioni statali siano state evocate in giudizio e si siano poi costituite, non fa di esse parti sostanziali che avessero un interesse qualificato a partecipare alle operazioni di verifica.

16.5.2. Essendo state regolarmente convocate, all'inizio delle operazioni di verifica e ai successivi sopralluoghi, sia la parte appellante che il Comune di Vibo Valentia, non si apprezza nessuna effettiva lesione del principio del contraddittorio, che possa ridondare in causa di nullità della verifica; del resto, al netto delle valutazioni di ordine strettamente giuridico, che spettano comunque solo al Collegio, i fatti la cui conoscenza è essenziale ai fini della decisione sono stati compiutamente riferiti dal verificatore e, come meglio si dirà, non risultano efficacemente contestati dalle società appellanti.

16.6. Le appellanti deducono poi, nel merito, che la verifica sarebbe inutilizzabile in quanto sarebbe stata totalmente omessa la descrizione delle opere oggetto di contestazione, trascurando dati idonei a stabilire l'eventuale rispetto del limite del 20%, previsto per le pertinenze urbanistiche. Invece il tecnico di parte ha stimato il volume utile complessivo di mc.1.012,48, il cui 20% non sarebbe superato dalla volumetria del plesso principale, di 202,50 mc.

16.6.1. Anche tale assunto risulta infondato, constando dalla relazione di verifica tutte le informazioni necessarie e sufficienti a pervenire a una decisione, non essendo rilevante, ai fini del decidere, la conoscenza esatta delle dimensioni delle opere, e/o delle superficie e volumi da esse occupati.

17. Procedendo, a questo punto, con la disamina del quinto motivo d'appello, occorre precisare che al punto 7 della ingiunzione di demolizione si menzionano le seguenti opere: *“chiusura abusiva della pedana posta sul lato mare in adiacenza al ristorante, autorizzata dalla Capitaneria di Porto come pedana, attraverso la realizzazione della copertura in tegole, e chiusura da tre lati con telo in PVC trasparente, aumentando in questo modo la superficie del ristorante. Infatti all'interno di detta struttura vi sono tavoli e sedie. La pedana poggia su dei blocchi in calcestruzzo. Le dimensioni della veranda che si è venuta a creare è di mt. 24×4 circa. Si precisa che la pedana autorizzata dalla Capitaneria non prevedeva alcuna chiusura ed era prevista la posa, durante il periodo estivo, di tavoli, sedie ed ombrelloni a servizio della struttura balneare. In definitiva, tutte le opere sopra elencate erano state previste nell'ultimo progetto presentato, ovvero il n. 2966/5 per il quale la RADA non ha ottenuto il relativo permesso di costruire, come attestato dal settore urbanistica con la nota prot. N. 6366 del 06/02/2018”*.

17.1. L'appellante contesta la decisione del primo giudice in quanto questa si sarebbe fondata sull'assunto secondo cui la copertura riscontrata sarebbe difforme da una struttura precedentemente

realizzata, sulla quale il Comune si era espresso in termini di non necessarietà del permesso di costruire. Inoltre l'appellante sostiene che la pedana sarebbe stata realizzata conformemente al progetto sul quale la Capitaneria di porto si è espressa favorevolmente il 23 dicembre 2011 e il Comune di Vibo Valentia si è espresso in termini di non necessità del titolo edilizio, ovvero: la copertura sarebbe stata effettuata in tegole bituminose e non in laterizio. Della conformità delle opere al progetto del 23 dicembre 2011 avrebbe riferito il perito di parte, ing. Parisi, nella relazione tecnica prodotta da parte appellante come all. 22.

17.1. La perizia citata, tuttavia, è del 17 maggio 2020, e quindi è successiva alla sentenza di primo grado, pubblicata il 4 aprile 2020. Di conseguenza essa integra documentazione nuova, inammissibile in grado d'appello, nella misura in cui sia funzionale a veicolare nel fascicolo del giudizio documenti nuovi che parte appellante avrebbe potuto e dovuto produrre in primo grado.

17.2. Tuttavia il verificatore ha risposto al quesito demandatogli sulla base di quanto riferito nella relazione 3 luglio 2018 del tecnico di parte appellante ing. Mazza, relazione già prodotta dalla Gramaca s.r.l. nel corso del giudizio n. 947/2018 R.G., come all. 1 delle produzioni dell'11 luglio 2018. A tale relazione è allegata una serie di fotografie dalle quali si evince che la copertura era appoggiata a pilastri d'acciaio assicurati alla sottostante pedana, a sua volta adagiata su elementi in calcestruzzo ed agli stessi saldamente fissata mediante piastre e bulloni; inoltre il corredo fotografico mostra chiaramente l'esistenza, sui tre lati aperti della copertura, di teli arrotolati, evidentemente pronti per essere distesi a costituire delle pareti, andando a formare un ulteriore locale. Infine il corredo fotografico evidenzia l'esistenza, al di sotto della pedana, di elementi che sono descritti come segue nel progetto di cui alla autorizzazione della Capitaneria del 22 marzo 2011, ovvero: *“elementi in c.a. prefabbricati di adeguate dimensioni adagiati sull'arenile e comportanti un innalzamento della pedana stessa di circa 60 cm rispetto all'esistente piano....La pedana, avente dimensioni pari a ml. 24,00 x 4,00, si svilupperà per una lunghezza comunque inferiore all'esistente manufatto. Gli elementi costituenti la pedana saranno vincolati agli elementi sottostanti mediante piastre angolari in acciaio debitamente imbullonate, al fine di garantire un'adeguata stabilità della struttura”*.

17.3. Ebbene, con riferimento alla pedana ed alla relativa copertura, così come sopra descritta, non risulta che il Comune abbia mai rilasciato alcun titolo edilizio: ciò si evince chiaramente dalla relazione tecnica allegata alla istanza di sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, prodotta dalla Gramaca s.r.l. nel giudizio n. 947/2018 R.G. , come all. 17: nella citata relazione tecnica sono richiamati tutti gli atti autorizzativi ottenuti dalla società La Rada, ma tra essi solo tre sono stati rilasciati dal Comune di Vibo Valentia, ovvero il P.d.C. n. 589/2006, il P.d.C. n. 1026/2007 e il

P.d.C. n. 1720/2010, relativi al corpo di fabbrica destinato a ristorante/bar,/laboratorio/cucina/servizi igienici e al locale adiacente., destinato a servizi igienici/pronto soccorso. Relativamente alla pedana risulta che sono state acquisite, dalla società, solo le autorizzazioni della Capitaneria di porto (del 22 marzo 2011, 9 maggio 2011 e 23 dicembre 2011), le quali – come più volte precisato – non sono sostitutive dei necessari titoli edilizi.

17.5. Il Collegio reputa che le opere relative alla posa della pedana non possono ritenersi opere di edilizia libera, essendo evidente, per la solidità e stabilità della base in cemento armato, alla quale è stata ancorata la pedana stessa, che essa non ha carattere stagionale o temporaneo e quindi non può ritenersi inclusa tra le opere di cui all'art. 6, lett. e-bis) del D.P.R. n. 380/2001; e neppure potendo essere considerata opera di pavimentazione e finitura di spazi esterni, ai sensi dell'art. 6, lett. e-ter) del D.P.R. n. 380/2001, costituendo invece vera e propria estensione della superficie del fabbricato principale, dal quale si accede direttamente.

17.6. Essendo in ogni caso necessario un titolo edilizio, per la ragione sopra indicata, tanto le opere di realizzazione della pedana, che quelle relative alla copertura, con i relativi pilastri di sostegno, unitamente ai teloni in p.v.c., costituiscono opere abusive, delle quali il Comune ha legittimamente ingiunto la rimozione: a tale proposito il Collegio precisa che l'ingiunzione di demolizione in effetti non si riferisce solo alla copertura della pedana o alle opere di chiusura (cioè i teloni in p.v.c.), ma anche alla pedana stessa ed agli elementi in calcestruzzo, che giustamente il Comune ha ritenuto permanentemente destinata ad attività di ristorazione. Il fatto che il Comune, con nota del 23.12.2011 prot. n. 62433, abbia comunicato che la variazione del sistema di ombreggiamento richiedeva una mera comunicazione è verosimilmente da ascrivere ad un errore, cagionato dalla mancanza di una visione di insieme delle opere e dei progetti autorizzati dalla Capitaneria di porto, i quali contemplavano la posa di una pedana realmente amovibile, e non di una struttura saldamente ancorata al suolo tramite lastre in c.a.

17.8. Assolutamente eccentriche appaiono, pertanto, le argomentazioni poste a fondamento del quinto motivo d'appello, che sono incentrate solo sulla tipologia della copertura e sulla chiusura dei tre lati e che non colgono minimamente gli aspetti essenziali della questione.

17.9. Il quinto motivo d'appello va, conclusivamente respinto, e la sentenza appellata va confermata sul punto, con motivazione sostitutiva.

18. Al sesto motivo d'appello è contestata la sentenza appellata nella parte in cui il TAR ha riconosciuto la legittimità della ingiunzione di demolizione delle opere relative al collegamento tra il ristorante e i servizi, al chiosco-bar e al locale deposito.

18.1. Tale decisione sarebbe illegittima perché non terrebbe conto dei titoli rilasciati alla società La Rada nonché del fatto che tutte le indicate opere costituirebbero pertinenze, soggette al regime dell'edilizia libera ex art. 3, lett. e.6) del D.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 60 del Regolamento Edilizio. In particolare, il chiosco bar, avente superficie di circa 10 mq. dovrebbe considerarsi pertinenziale in quanto facilmente smontabile e comunque assimilabile a un gazebo; tale manufatto, addirittura, preesisterebbe al fabbricato principale, tanto da essere riportato in tutti i permessi di costruire. Il locale deposito, parimenti, ha una superficie di soli 39 mq., è costituito in pannelli verticali prefabbricati montati su un basamento preesistente; anch'esso sarebbe facilmente rimovibile e perciò inquadrabile nella tipologia "C" della tabella annessa alla circolare MIT n. 120/2001; in ogni caso la struttura sarebbe assistita da autorizzazione della Capitaneria di porto, che ha acquisito il parere di conformità del Comune, dopo di che è stata rilasciata una licenza demaniale suppletiva; si tratta, ad ogni buon conto, di locale soggetto a regime di pertinenza poiché adibito a deposito e sfornito di autonomo valore di mercato. Il TAR ha erroneamente valorizzato la supposta stabilità della struttura per escludere la natura pertinenziale, trattandosi invece di struttura facilmente rimovibile. Infine, quanto alle opere di collegamento di cui al punto 1 della ingiunzione di demolizione, le appellanti sostengono non essere abusive in quanto erano state fatte oggetto di istanza finalizzata ad ottenere l'autorizzazione della Capitaneria di porto, che l'ha rilasciata una volta ottenuto il parere di conformità dal Comune. In ogni caso si tratterebbe, anche in questo caso, di opere che ricadono sotto il regime pertinenziale, essendo irrilevante, a detto fine, la precarietà, o meno dell'opera.

18.2. Il Collegio deve rammentare, preliminarmente, che secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, *"la qualifica di pertinenza urbanistica è applicabile, infatti, soltanto ad opere di modesta entità e accessorie rispetto ad un'opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici, ma non anche ad 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 coessenziali alla stessa, tali, cioè, che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica"* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 309; Cons. Stato, Sez. II, 12 febbraio 2020 n. 1092). Essendo la nozione di "pertinenza urbanistica" meno ampia di quella definita dall'art. 817 c.c. non può ritenersi consentita la realizzazione di opere di grande consistenza soltanto perché destinate al servizio di un bene qualificato principale.

18.3. L'art. 60 del Regolamento Edilizio Urbano, che sembrerebbe comprendere nel concetto di pertinenza qualsiasi locale con funzione accessoria al godimento del fabbricato principale purché nel limite del 20% del volume del fabbricato principale ed a prescindere dalle dimensioni, non può

comportare una deroga ai principi generali sopra enunciati, in materia di caratteristiche delle pertinenze urbanistiche, dovendosi considerare che, in generale, ai fini dell'applicazione delle norme del D.P.R. n. 380/2001 debbono applicarsi le definizioni degli interventi edilizi contenute nel medesimo D.P.R., e non già le differenti definizioni che possono ritrovarsi nelle norme urbanistiche locali.

18.3. Ciò considerato è evidente, anzitutto, che la natura pertinenziale, e quindi l'assoggettamento al regime di edilizia libera, deve essere escluso per il chiosco-bar e per il locale deposito, difettando in ogni caso il requisito della modesta entità che caratterizza le pertinenze urbanistiche: tale dato si apprezza dalle fotografie in atti, a prescindere dal preciso rilievo delle misure; inoltre è evidente che ciascuna delle due strutture è dotata di una propria autonomia, rispetto al fabbricato principale, tanto che non si potrebbe escludere, in avvenire, che esse possano essere fatte oggetto di concessione demaniale distinta rispetto a quella relativa al fabbricato principale. Al fine di individuare il regime al quale sono assoggettate, pertanto, non rileva il fatto che le strutture siano, in tesi, agevolmente smontabili e rimovibili: tale aspetto potrebbe eventualmente essere rilevante al fine di valutare la conformità delle opere al Piano comunale delle spiagge, ma non al fine di escludere la necessità di un preventivo titolo edilizio.

18.4. Relativamente alle opere di collegamento funzionale tra il fabbricato ristorante e il corpo servizi, esse si sono compendiate nella parziale demolizione di una parete esterna del locale cucina, nella posa di due nuove pareti in pareti prefabbricati e, quindi, nell'ampliamento della superficie utile e del volume del locale cucina; oltre a ciò è stata realizzata una scala a chioccola esterna, che consente di accedere alla copertura del corpo di fabbrica principale, al di sopra del quale è stata realizzata una ulteriore pensilina.

18.4.1. Anche con riferimento a tali opere deve escludersi la qualificazione in termini di pertinenza urbanistica: quest'ultima, seppure di modeste dimensioni e quantunque non suscettibile di una utilizzazione economica diversa da quella in concreto svolta a servizio del fabbricato principale, deve però essere riconoscibile come entità distinta rispetto a questo ultimo, il che non può predicarsi quando la superficie dell'opera venga inglobata all'interno del fabbricato che si assume principale, aumentando la superficie di locali preesistenti: in tal caso è evidente che ci si trova di fronte ad un ampliamento del fabbricato principale.

18.4.1. Nel caso di specie le opere di collegamento funzionale hanno infatti determinato l'ampliamento della superficie del locale cucina di oltre 27 mq., pertanto è fuori di dubbio che non si sia in presenza di un'opera di modesta entità o di un locale che svolge un servizio accessorio, ma distinto, rispetto al fabbricato principale. Quanto alla scala a chioccola ed alla pensilina realizzata

sopra la copertura del ristorante, le appellanti sostengono trattarsi di uno spazio privo di funzionalità, essendo la pensilina collocata a mt. 1,60 dalla copertura e utile solo consentire ispezioni della copertura medesima: tuttavia, proprio per tale ragione, unita alla considerazione che lo spazio sottostante alla pensilina è completamente aperto, e quindi esposto alle intemperie, non si riconosce in tale spazio un “locale accessorio”, assimilabile, ad esempio, ad un sottotetto, idoneo ad accrescere l’utilità del fabbricato principale. Non è poi possibile affermare, sia con riferimento alla pensilina che alla scala a chiocciola, che si tratti di opere di modeste dimensioni. Per tali ragioni deve escludersi la natura pertinenziale delle opere indicate descritte, al punto 1 della ingiunzione di demolizione, come “di collegamento funzionale”.

18.5. Accertato che le opere esaminate nei paragrafi che precedono non hanno natura di pertinenza urbanistica, né sono riconducibili ad altra tipologia di opera soggetta al regime di edilizia libera, la relativa natura abusiva deve essere affermata al cospetto della assenza di titoli abilitativi rilasciati dal Comune e riguardando le opere nella loro unitarietà e non secondo una considerazione meramente atomistica : sul punto va ancora una volta ribadito che le autorizzazioni rilasciate dalla Capitaneria di porto non sono sostitutive dei titoli edilizi di competenza del Comune, ma gli atti autorizzativi cui alludono le società appellanti sono, appunto, solo le autorizzazioni rilasciate dalla Capitaneria di porto per quanto di competenza.

18.6. Va quindi respinto il sesto motivo d’appello.

19. Con il settimo motivo d’appello si denuncia l’appellata sentenza nella parte in cui ha riconosciuto la legittimità della sanzione della demolizione, che secondo le società appellanti avrebbe dovuto essere sostituita con la sanzione pecuniaria: ciò per la ragione che le opere oggetto di demolizione sarebbero, in realtà soggette a s.c.i.a. o a c.i.l.a., e come tali non sarebbero sanzionabili con la demolizione, posto che l’art. 35 del D.P.R. n. 380/2001 prevede la demolizione solo per l’abusiva realizzazione di opere soggette a preventivo permesso di costruire.

19.1. La censura è destituita di fondamento, atteso che – con l’eccezione della pergotenda – tutte le opere esaminate ai paragrafi che precedono, escluse la natura pertinenziale, risultano qualificabili in termini di nuova costruzione ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. e).1: in particolare, il chiosco-bar e il deposito non rientrano nella deroga prevista all’art. 3, comma 1, lett. e.5), dal momento che sono inseriti in una struttura ricettiva finalizzata alla balneazione, ma non anche alla sosta e al soggiorno dei turisti.

19.2. In quanto tali si tratta di interventi soggetti a preventivo rilascio di permesso di costruire, e dunque soggetti a necessaria demolizione secondo le previsioni dell’art. 35 D.P.R. n. 380/2001.

20. Con l'ottavo motivo di ricorso si contesta, in subordine, l'appellata sentenza nella parte in cui ha esaminato e respinto il ricorso n. 848/2018 R.G., avente ad oggetto i dinieghi di sanatoria con riferimento alle opere di collegamento funzionale nonché al deposito e al chiosco-bar.

20.1. Il T.A.R. ha rigettato il ricorso sull'unico motivo dirimente del mancato superamento del vincolo imposto sull'area dal Piano di Bacino per l'Erosione Costiera.

20.2. Secondo le appellanti il TAR avrebbe ommesso di considerare che il Piano Stralcio di Bacino consente la realizzazione di opere amovibili e che il Comune, nella valutazione delle istanze di sanatoria, non ha verificato la conformità delle opere al Piano medesimo; il TAR, inoltre, si sarebbe sostituito alla parte nella ricerca della prova, in violazione del principio dispositivo, avendo sopperito alla manchevolezza dell'istruttoria disponendo verificazione. Inoltre, le appellanti sostengono che le opere sarebbero conformi al nuovo Piano Comunale Spiaggia, approvato con delibera di Consiglio Comunale n. 83/2014: secondo tale strumento urbanistico sarebbe data la possibilità di realizzare volumi pari al 30% dell'area in concessione, equivalenti nella specie ad oltre 1600 mq., a fronte di circa 355 mq. sino ad oggi edificati. Di converso l'area in concessione non sarebbe soggetta al vincolo derivante dal Piano di Emergenza Esterna. E ancora, le appellanti sottolineano che con riferimento a tutte le opere oggetto di sanatoria il Comune ha rilasciato alla Capitaneria di porto il parere di conformità al PCS del 2005, pertanto non si comprende per quale motivo il Comune abbia opposto la non conformità a detto strumento.

20.3. I provvedimenti di diniego sono identici e recano la seguente motivazione:

“l'intervento ricade in area interessata da vincolo derivante dal Piano di Bacino Stralcio Erosione Costiera giusta pubblicazione dell'Atto n. 4 del 11.04.2016 sul Burc n. 79 del 22.07.2016;

con decreto del Prefetto di Vibo Valentia dello 08.02.2018 prot. 6234 è stato approvato il PIANO DI EMERGENZA ENTERNA relativo al sito della Meridionale Petroli sito nel territorio del Comune di Vibo Valentia, località “Marina”, via Amerigo Vespucci n. 65;

ai sensi del D. L.vo n. 105/2015 questo Ente deve adeguare gli strumenti urbanistici a detto P.E.E., tra i quali il P.C.S. adottato;

l'area su cui insiste l'intervento oggetto della richiesta del permesso di costruire in sanatoria ricade ampiamente nella prima Zona (di sicuro impatto – elevata letalità);

i manufatti realizzati insistenti sulla concessione demaniale hanno una volumetria difforme rispetto a quella assentita ai sensi delle norme Tecniche del Piano Spiaggia denominato Comparto “A” approvato con deliberazione Commissariale n. 5 del 22.02.2005”.

20.4. Il Collegio osserva, anzitutto, che il richiamo effettuato, nei dinieghi di sanatoria, alla insistenza, sull'area in concessione all'appellante, di un vincolo rinveniente dal Piano Stralcio di

Bacino Erosione Costiera, consente di affermare, ipso facto, l'ostatività del vincolo trattandosi di sanatoria .

Il vincolo infatti è relativo ma solo con riferimento a domande che siano state presentate prima della realizzazione dei manufatti .

Se è vero che il Piano Stralcio citato, infatti, individua varie zone di pericolosità, ed anche in quelle di pericolosità più elevata (PE3) consente la *“realizzazione di strutture nuove esclusivamente amovibili, in conformità alla pianificazione comunale”*. (art. 9); e se è vero che parte appellante, sostiene che tutte le opere oggetto di sanatoria sarebbero amovibili, e questa affermazione non è necessariamente contraddetta dal fatto che si tratti di opere non pertinenziali, soggette a titolo edilizio; peraltro i provvedimenti di diniego di sanatoria neppure affermano che lo stabilimento balneare La Rada si trovi in zona classificata P3; tuttavia ciò non comporta la possibilità di utilizzare l'art. 36 del dpr n. 380 del 2001 per sanare a posteriori le violazioni dei vincoli idrogeologici (la disposizione si riferisce solo agli abusi formali).

La natura ostativa del vincolo idrogeologico, deriva nella specie dalla sua mera esistenza trattandosi di accertamento di conformità (altrimenti legittimandosi forme di intervento edilizio suscettibili di mettere in pericolo la pubblica incolumità).

20.5. I provvedimenti di diniego di sanatoria per abusi formali non devono arrivare ad esplorare quali conseguenze comporti l'avvenuta approvazione del Piano di Emergenza Esterna connesso alla vicina presenza del sito della Petroli Meridionali s.r.l., né come le relative previsioni siano state recepite nello strumento urbanistico. In particolare, si legge nei provvedimenti che *“l'area su cui insiste l'intervento oggetto della richiesta del permesso di costruire in sanatoria ricade ampiamente nella prima Zona (di sicuro impatto – elevata letalità)”*, Va infatti sottolineato che tali elementi (il vincolo idrogeologico ed il piano di emergenza esterna) costituiscono ragioni che escludono che ci si trovi in presenza di abusi meramente formali.

20.6. Venendo, a questo punto, alla valutazione della conformità delle opere rispetto al Piano Comunale delle Spiagge, il Collegio rileva che il PSC di cui alla deliberazione del Consiglio Comunale n. 83/2014, adottato nel 2012, non costituisce l'unico parametro di riferimento per valutare le istanze di sanatoria, dal momento che le opere sono state realizzate in costanza del PSC approvato nel 2005, rispetto al quale deve sussistere la conformità: al proposito si rammenta che è ormai superato l'orientamento che riteneva possibile il rilascio della sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 sulla base della mera conformità delle opere rispetto alle norme vigenti al momento della domanda di sanatoria. Allo stato attuale la giurisprudenza della Sezione è consolidata nel senso di ritenere che la sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 può essere concessa solo in

presenza della c.d. “doppia conformità” in aderenza alla lettera della disposizione citata che tale requisito indiscutibilmente prevede.

20.7. Nella specie le opere oggetto dei dinieghi di sanatoria sono state realizzate prima che il Piano comunale spiagge adottato con delibera di Consiglio Comunale del 13 marzo 2012 venisse definitivamente approvato dalla Provincia, in conformità a quanto previsto dall’art. 13, comma 2, della L.R. Calabria n. 17/2005: va precisato, sul punto, che la mera adozione dello strumento di pianificazione territoriale, anche se non priva l’amministrazione comunale del potere di rilasciare titoli edilizi, non implica la immediata entrata in vigore del nuovo strumento, che si verifica solo con la definitiva approvazione. D’altro canto, anche l’appellante ammette, nel ricorso di primo grado, che il Piano comunale spiagge approvato con delibera Commissariale n. 5 del 22 febbraio 2005, avrebbe esplicitato la sua efficacia per dieci anni, cioè sino al 2015. Segue da ciò che le opere oggetto della richiesta di sanatoria devono, necessariamente, essere valutate sia in relazione al Pianocomunale spiagge del 2005, vigente al momento della realizzazione, che a quello approvato nel 2014, vigente al momento in cui veniva depositata l’istanza di sanatoria.

20.8. Ebbene, rispetto alla affermazione che si legge nei dinieghi di sanatoria, secondo cui le opere non sono sanabili perché risulta già consumata tutta la volumetria ammissibile in base al PCS del 2005, la società appellante non ha efficacemente dimostrato il contrario, trincerandosi dietro ai pareri di conformità rilasciati dal Comune alla Capitaneria di Porto, che in realtà sono di tenore ambiguo perché paiono riferirsi al Piano comunale spiagge adottato nel 2012.

L’appellante, poi, in parte riconosce la fondatezza dell’affermazione, che contesta non già con un conteggio analitico della volumetria esistente e di quella ammissibile, bensì deducendo che la volumetria delle opere per le quali è stata presentata l’istanza di sanatoria non dovrebbe essere conteggiata come volumetria utile (criterio che non appare in linea con la necessità di provare proprio la doppia conformità di una nuova volumetria per ciò solo rilevante).

Valga, infine, la considerazione che nei procedimenti finalizzati al rilascio di una sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, l’onere probatorio è tutto a carico dell’istante, che realizzando opere abusive si mette da solo in situazione di illiceità: tale considerazione implica che era onere della società appellante dimostrare, in giudizio, l’erroneità del conteggio esplicitato nelle difese del Comune e, comunque, la conformità tra la volumetria ammessa e quella realizzata, fermo restando che questa non poteva essere considerata quale volumetria “non utile”.

20.9. Concludendo l’esame della censura, il Collegio ritiene di dover confermare la decisione del primo giudice, e quindi l’infondatezza dei motivi di ricorso dedotti contro i dinieghi di sanatoria.

21. Il nono motivo d'appello ha ad oggetto l'ordinanza del Comune n. 6 dell'11 giugno 2018, con cui è stato inibito l'utilizzo della pedana esterna e di una porzione della cucina.

21.1. Il TAR ha respinto il ricorso proposto avverso la indicata ordinanza richiamando la giurisprudenza che ritiene imprescindibile, per la validità delle autorizzazioni commerciali, la regolarità edilizia ed urbanistica dei locali utilizzati.

21.2. Sostengono le società appellanti che la presunta abusività dei manufatti non costituirebbe motivo idoneo a giustificare il provvedimento di sospensione dell'autorizzazione commerciale, soprattutto nei riguardi del terzo gestore a cui l'illecito non è imputabile (cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. V, del 13.3.2014 n.1265). Rilevano, inoltre, che il principio di cui ha fatto applicazione il TAR si applicherebbe solo nella fase di rilascio della prima autorizzazione commerciale, ma non anche in occasione dell'eventuale revoca della stessa. Osservano, inoltre, le società appellanti, che l'ordinanza n. 6 dell'11 giugno 2018, si fonda sul presupposto che l'attività sarebbe esercitata in locali non indicati nella SCIA del 1° maggio 2012, con cui la Gramaca s.r.l. ha comunicato l'avvio dell'attività, e tuttavia tale circostanza non corrisponderebbe al vero, poiché nella citata SCIA erano indicate tutte le opere, di cui poi il Comune ha ordinato la rimozione.

21.3. Va rilevato, in primo luogo, che l'ordinanza n. 6/2018 si fonda anche, esplicitamente, sulla non conformità di opere alle norme in materia edilizia e urbanistica, e non solo sulla presunta difformità tra quanto rappresentato nella SCIA del 1° maggio 2012 e lo stato effettivo dei luoghi.

21.4. In secondo luogo, il Collegio osserva che in realtà il Comune non ha revocato o sospeso l'autorizzazione commerciale: infatti con l'ordinanza n. 6 dell'11 giugno 2018 il Comune si è limitato a ordinare la sospensione dell'attività "*condotta in locali di cui alla diffida n. 1 del 16.03.2018*", e cioè nei locali abusivi, e precisamente (i) la "*pedana posta sul lato mare...*" e la "*unione dei due corpi di fabbrica*": dunque non è stato inibito alla Gramaca s.r.l. l'esercizio dell'attività in tutto lo stabilimento, ma solo l'utilizzo della pedana e delle opere c.d. "di adeguamento funzionale", che si sono compendiate nella realizzazione di un ampliamento della cucina del ristorante.

21.5. Alla luce delle considerazioni che precedono la doglianza in esame va respinta.

22. Con il decimo motivo d'appello le società appellanti hanno impugnato anche la statuizione con cui il TAR ha respinto l'impugnazione proposta avverso la nota del Comune n. 28493 dell'11 giugno 2018, mediante la quale è stata respinta la richiesta di annullamento, in autotutela, della ingiunzione di demolizione del 16 marzo 2018.

22.1. Considerato che con l'istanza di autotutela la società La Rada svolgeva osservazioni finalizzate a sostenere la legittimità delle opere oggetto dell'ordine di demolizione, la censura può

ritenersi ormai improcedibile, atteso che v'è ormai un accertamento giudiziale definitivo che attesta in quali limiti la diffida del 16 marzo 2018 è legittima, e in quali non lo è, ragione per cui dall'eventuale annullamento della nota in esame (n. prot. 28493 dell'11 giugno 2018) non potrebbe conseguire alcun risultato utile per le società appellanti.

23. In conclusione, l'appello va parzialmente accolto, nei limiti indicati al par. 15.3, e respinto nel resto.

24. Sussistono pertanto giusti motivi per disporre la parziale compensazione delle spese del presente grado di giudizio, nei confronti del Comune di Vibo Valentia.

25. La limitata attività defensionale delle amministrazioni statali giustifica, invece, la totale compensazione delle spese nei loro confronti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e nei sensi di cui in motivazione; per l'effetto, in parziale riforma della appellata sentenza:

– in parziale accoglimento del ricorso n.786/2018 R.G. del TAR per la Calabria, sede di Catanzaro, annulla l'ordinanza di demolizione n. 1 del 16 marzo 2018 del Comune di Vibo Valentia disponendo che vada espunto, dall'elenco delle opere oggetto di demolizione, quelle indicate al punto n. 3;

– conferma nel resto l'impugnata sentenza;

– previa compensazione nella misura di due terzi, condanna le società appellanti al pagamento, in favore del Comune di Vibo Valentia, al pagamento delle spese relative al presente grado di giudizio, che si liquidano, già considerata la compensazione, in €. 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge.

– compensa le spese nei confronti di ogni altra parte costituita in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO