

Pubblicato il 18/10/2017

N. 01255/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02164/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2164 del 2015, proposto da:

Retrò Concept S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Nespoli, domiciliata in Brescia, *ex art. 25 cpa*, presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

contro

Comune di Romano di Lombardia, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio eletto in Brescia, presso il suo studio, via Diaz, 13/C;

nei confronti di

Maria Ornella Lamera, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaella Sonzogni, domiciliata in Brescia, *ex art. 25 cpa*, presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

per l'annullamento

- dell'ordinanza n. 2277/2015, prot. n. 2015/0021664, notificata l'11 settembre 2015;
- della nota-diffida prot. n. 2015/0014476-VII-4, notificata il 16 giugno 2015;

- di ogni altro atto o provvedimento, presupposto, consequenziale o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Romano di Lombardia e della sig.ra Maria Ornella Lamera;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2017 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società odierna ricorrente, la quale gestisce l'attività di bar sotto l'insegna "Step Diner Cafè", è stata invitata - già nel 2014, a seguito di molteplici segnalazioni, pervenute non solo dall'odierna controinteressata, ma anche da altri cittadini residenti in zona – "a verificare i livelli di rumorosità di tutti gli impianti utilizzati e dell'attività esercitata nel suo complesso e a presentare una relazione di misure effettuata da un tecnico competente".

Il 3 marzo 2015, nel silenzio della società Retrò Concept, è stato richiesto l'intervento dell'ARPA, per l'effettuazione delle necessarie misurazioni.

Il 5 marzo 2015, la suddetta società ha depositato una relazione di impatto acustico, nella quale si è impegnata ad apporre dei cartelli all'esterno per chiedere alla clientela di moderare il vociare, a vigilare sul comportamento dei clienti che sostano fuori negli orari di apertura, a non installare il plateatico, né casse acustiche all'esterno del locale, a mantenere il livello della musica all'interno del locale al livello concordato con l'ing. Rizzi (tecnico che ha sottoscritto la relazione) e a realizzare una bussola con doppia porta all'ingresso per assicurare che il suono non esca dal locale all'apertura della porta.

Con la lettera del 23 aprile 2015, attesa l'inerzia della Retrò Concept, la società è stata diffida, chiedendo la puntuale esecuzione di tutto quanto previsto dalla relazione presentata dalla medesima.

Nel frattempo, sulla relazione ha espresso il proprio parere l'ARPA, la quale ha dettato una serie di prescrizioni, limitando espressamente l'utilizzo dell'area esterna al solo periodo diurno e precludendolo dopo le ore 22, onerando la gestione di interdire lo stazionamento della clientela, eventualmente anche rendendo inaccessibile l'uso degli arredi esterni. Lo stesso ha, altresì, imposto l'eliminazione dei sistemi di amplificazione posti all'esterno del locale, la realizzazione della bussola con doppia porta d'ingresso, l'applicazione di un limitatore sul sistema di amplificazione interna.

Con la nota 14476 del 16 giugno 2015, il sig. Beretta Ivan è stato sollecitato ad attuare le prescrizioni di ARPA, ma, a fronte del protrarsi dell'inerzia del medesimo, il Comune ha ravvisato i presupposti per l'adozione dell'ordinanza con cui ha attribuito ulteriore efficacia precettiva alle prescrizioni già elencate da ARPA.

Ritenuto tale provvedimento e la precedente diffida illegittimi, la società ricorrente li ha impugnati deducendo i seguenti vizi:

1. violazione degli artt. 50 e 54 del d. lgs. 267/2000, per incompetenza del Dirigente che ha adottato l'ordinanza;
2. violazione degli artt. 50 e 54 del d. lgs. 267/2000, in ragione della radicale inesistenza dei presupposti per il ricorso all'esercizio del potere da essi disciplinato;
3. eccesso di potere per travisamento e erronea valutazione dei fatti, essendo il provvedimento adottato nel solo interesse della sig.ra Ornella Lamera;
4. violazione degli artt. 50 e 54 del d. lgs. 267/2000 per avere, il Comune, disposto misure definitive, in luogo di misure temporanee;
5. violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90 e incomprensibilità dell'ordinanza per effetto dei variegati richiami normativi contenuti nel

preambolo;

6. eccesso di potere per sviamento dovuto al fatto che non sarebbe stato perseguito alcun interesse pubblico, ma solo quello privato dell'odierna controinteressata;

7. eccesso di potere per difetto di istruttoria, essendo stato, il provvedimento, adottato sulla scorta di un mero parere di ARPA, espresso senza effettuare alcun rilievo fonometrico;

8. eccesso di potere per irrazionalità e sproporzione del provvedimento, che avrebbe imposto alla Retrò Concept di pretendere dalla propria clientela un comportamento che uscirebbe dai limiti della sua disponibilità e capacità, peraltro da un orario assai anticipato rispetto a quello che viene ordinariamente considerato notturno e cioè dopo le 23;

9. violazione degli artt. 2 e 41 della Costituzione a causa della compressione generalizzata del diritto di iniziativa economica che deriverebbe dal provvedimento impugnato.

Dopo aver dapprima garantito una tutela cautelare nelle more di taluni accertamenti, questo Tribunale ha, infine, disposto la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

In vista della pubblica udienza, tutte le parti hanno depositato memorie, ribadendo le proprie posizioni.

Invero parte ricorrente si è opposta al deposito tardivo dei documenti allegati alla memoria depositata dalla controinteressata il giorno 11 settembre 2017 e della memoria stessa.

Il Comune, invece, ha dato conto della situazione di fatto, rappresentando come l'Amministrazione, in assenza di ulteriori segnalazioni/denunce (con la sola esclusione di quella arrivata solo ai primi di settembre del 2017) non abbia effettuato ulteriori sopralluoghi. Cionondimeno, nel corso del giudizio sarebbe chiaramente emerso come il provvedimento sia legittimo e proporzionato alla situazione, dal momento che sembrerebbe incontestabile

che i limiti di immissione differenziale notturni possano essere rispettati solo alla condizione che vede la clientela all'interno del locale.

Alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2017, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente dato conto, in rito, in primo luogo del fatto che parte ricorrente ha rinunciato all'impugnazione della prescrizione relativa alla costruzione della bussola, avendo essa provveduto ad adottare misure alternative ritenute soddisfacenti dall'Amministrazione nei successivi sopralluoghi.

Per quanto attiene, invece, alla pretesa tardività del deposito da parte della controinteressata di memoria e documenti, l'eccezione appare fondata limitatamente al deposito della documentazione allegata alla memoria che, invece, a prescindere dalla sua denominazione come tale, può essere qualificata quale memoria di replica rispetto a quella depositata dalla ricorrente, al pari di quella, non censurata, depositata ben più tardi, dal Comune.

Come da tempo chiarito dalla giurisprudenza (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sentenza n. 1766 del 2017, che conferma la sentenza del T.a.r. Abruzzo, L'Aquila, n. 347/2016) presupposto indefettibile, e allo stesso tempo sufficiente, per la presentazione di memorie di replica è l'avvenuto deposito di memorie conclusionali, indipendentemente dal contenuto di queste ultime, atteso che la norma è finalizzata a garantire a ciascuna parte la possibilità di controbattere agli argomenti, ancorché ripetitivi, spesi dall'altra nelle proprie conclusioni.

Ciò chiarito, le censure 1, 2 e 4 possono essere trattate congiuntamente, in quanto hanno a oggetto la pretesa violazione della normativa che disciplina l'esercizio del potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti.

I provvedimenti impugnati, però, non sono affatto riconducibili a tale categoria, dovendo, essi essere inquadrati in quella delle ordinanze ordinarie,

destinate a regolamentare l'orario degli esercizi pubblici presenti sul territorio comunale.

Ciò chiarito, non possono, quindi, ovviamente essere ravvisati i dedotti vizi che attengono al corretto esercizio di un potere cui non è stato fatto ricorso nel caso di specie.

Con riferimento, invece, all'eccesso di potere di cui alle doglianze n. 3 e n. 6, esso non appare ravvisabile, atteso che il provvedimento, ancorchè adottato su segnalazione anche dell'odierna controinteressata, è indubbiamente teso al perseguimento dell'interesse pubblico alla preservazione della vivibilità del quartiere residenziale in cui si colloca il locale in questione e a garantire il rispetto della normativa in materia di inquinamento acustico che è allo stesso fine preordinata.

Né appare ravvisabile la dedotta violazione del diritto alla partecipazione al procedimento, atteso che, non solo il provvedimento impugnato trova la propria fonte nella mancata attuazione degli obblighi che la stessa odierna ricorrente si è assunta nel presentare la relazione acustica del 2015 (che è stata più volte invitata ad adempiere), ma essa non ha rappresentato, nemmeno in giudizio, la sussistenza di elementi tali che, se resi noti nel corso del procedimento, avrebbero potuto determinare una sua diversa conclusione.

Ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/90, dunque, il mancato avviso di avvio del procedimento, dedotto con la censura n. 7, non può determinare la caducazione del provvedimento in esame.

Né può avere rilevanza il generico richiamo a disposizioni che contengono discipline non tutte applicabili nella fattispecie o solo parzialmente suscettibili di applicazione ovvero contenenti la previsione di misure sanzionatorie derivanti solo dall'eventuale violazione dell'ordine imposto, in considerazione del fatto che nella censura n. 5 non risulta dimostrato se e in che modo le stesse abbiano inciso negativamente sulla posizione della ricorrente.

Per quanto attiene alle ulteriori doglianze di parte ricorrente, il Collegio ritiene che, alla luce di quanto accaduto successivamente alla sospensione degli effetti

del provvedimento impugnato e degli approfondimenti propri della fase del merito, sussistano i presupposti per confermare gli effetti derivati dal pronunciamento di questo Tribunale in sede cautelare.

La misura imposta con specifico riferimento al divieto di stazionamento degli avventori del locale negli spazi esterni appare, infatti, esulare dal potere del Comune e risulta, dunque, essere irrazionale nella parte in cui trasferisce sulla ricorrente oneri che graverebbero sull'amministrazione locale. Fermo restando, infatti, che il divieto in parola è implicito nel fatto che la ricorrente non ha alcuna autorizzazione all'uso del plateatico, il controllo sul fatto che ciò non avvenga abusivamente rientra nella competenza del Comune. Pertanto, al gestore non può essere imposto di vigilare su un uso degli spazi esterni autonomamente fatto dagli avventori. In sostanza, alla ricorrente è incontestatamente precluso di servire i propri clienti all'esterno o favorire il consumo di quanto somministrato all'interno del locale con la predisposizione di sedute e tavoli, ma sul rispetto di ciò deve vigilare il Comune.

Ogni altro uso degli spazi esterni fatto dai clienti autonomamente non può essere imputato al gestore del locale, il quale non può avere alcuna responsabilità per lo stesso, come implicitamente confermato dal fatto che non ha a disposizione alcuno strumento di coercizione nei confronti di chi non rispetti il divieto di stazionamento, dovuto alla mancanza di autorizzazione all'uso del plateatico.

Peraltro, come già evidenziato in sede cautelare, risulta condivisibile l'asserzione secondo cui la scelta dell'ARPA di effettuare le rilevazioni (che, in ogni caso, hanno evidenziato superamenti dei limiti solo per brevi periodi, all'uscita degli avventori dal locale) presso il bagno della controinteressata, a finestre aperte, rappresenta una scelta censurabile, trattandosi, per comune sentire, di un vano non ordinariamente destinato al riposto notturno delle persone residenti.

L'assenza della segnalazione di ulteriori disagi (fino a poco prima dell'udienza pubblica), infine, conferma come, in generale, la situazione debba ritenersi tale da confermare il giudizio di irragionevolezza e sproporzione della prescrizione che ha interdetto totalmente lo stazionamento della clientela innanzi al locale dalle ore 22, imponendo al gestore dello stesso di imporre agli avventori il rispetto di tale divieto, pur dovendosi confermare l'onere, in capo al gestore medesimo, di adottare ogni accorgimento e precauzione affinché la permanenza all'esterno sia limitata al solo tempo necessario per l'allontanamento e i toni degli avventori siano, in tale fase, moderati.

Così accolto il ricorso, le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa, attesa la particolarità della controversia, che ha condotto a un esito favorevole nei confronti della ricorrente solo a seguito di plurimi accertamenti in sede cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO