

Pubblicato il 10/07/2018

Sent. n. 1057/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1801 del 2016, proposto dalle signore Mariagrazia Pastore e Daniela Pastore, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, corso Vittorio Emanuele, n. 143;

contro

Comune di Vietri Sul Mare in persona del Sindaco *pro tempore* non costituito in giudizio;
per l'annullamento

- dell'ordinanza di demolizione n. 30 del 26 luglio 2016, prot. r.g. n. 38, del Responsabile del settore tecnico urbanistico edilizio e lavori pubblici del Comune di Vietri sul Mare -notificata il 29 luglio 2016-, con la quale si ordina alle ricorrenti la demolizione di opere edili.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2018 la dott.ssa Angela Fontana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'ordinanza n. 30 del 26 luglio 2016, il comune di Vietri sul Mare:

- ha preso atto degli esiti del sopralluogo effettuato in data 18 maggio 2016 da personale dell'ufficio tecnico sull'area censita nel NCEU al fg. 9 particella 395, area pertinenziale nel N.C.T. al fg. 9 particella 396 di proprietà delle signore Pastore Daniela e Pastore Mariagrazia;

- ha rilevato che su tale area, ricadente in zona sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi del d. lgs 42 del 2004, insistono tre strutture, e in particolare: a) di una pensilina di forma rettangolare (dalle dimensioni di mt. 6,00 x 3,00 con altezza di mt. 2,80), poggiata sulla parete di confine del fabbricato, ancorata al suolo, ed aperta sui restanti tre lati, con struttura portante costituita da profili in ferro la cui copertura è costituita da lamiera coibentata; b) una struttura a pianta rettangolare dalle dimensioni di mt. 16,90 x 6,00 con copertura a una falda avente altezza alla gronda di mt. 2,30 e mt. 3,30 al colmo costituita per una larghezza di mt. 1,50 x 16,90 di lunghezza con lamiera preverniciata che funge da protezione ad una tenda scorrevole di mt. 16,90 x 6,00 il cui piano di calpestio è costituito da tavolame in legno posto a quota superiore rispetto al piano giardino; c) una veranda di pianta rettangolare le cui dimensioni sono di mt. 3,20 x 10,50 con copertura inclinata a una falda avente altezza alla gronda di mt. 2,50 ed al colmo di mt. 2,90.

La veranda, in particolare, è costituita da 5 pilastri in legno di sezione 10 x 10 collegati al muro di contenimento da elementi in legno di pari sezione, sui quali è stata realizzata la copertura con tavola

di legno e sovrastante manto impermeabile costituito da tegole (tipo canadesi); essa è delimitata per due lati da elementi in vetro scorrevole, da un lato dal muro di contenimento e dal restante muro della costruzione originaria alla quale è collegata tramite un vano di passaggio interno;

- ha rilevato che le opere sono state realizzate in assenza di titolo edilizio in zona sottoposta a vincolo paesaggistico;

- ha ordinato la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi.

2. Avverso tale provvedimento propongono ricorso le signore Daniela e Mariagrazia Pastore con articolate censure nelle quali deducono per più versi la illegittimità del provvedimento di demolizione per contrasto alla normativa contenuta nel TU edilizia, nonché il vizio di eccesso di potere nelle varie figure sintomatiche.

2.1 Secondo la prospettiva delle ricorrenti, infatti, l'ordine di demolizione sarebbe stato adottato in violazione degli articoli 3 e 6 del d.P.R. 380/01, che escluderebbero la necessità di titolo edilizio per le indicate tipologie di intervento. Si tratterebbe in sostanza di opere ad uso temporaneo e non permanenti e ciò sarebbe dimostrato dal fatto che la pensilina (di cui al punto a) della avversata ordinanza) è stata rimossa come comunicato dalle interessate al comune in data 25 ottobre 2016. Analogamente per la struttura che costituisce la pergotenda, rilevano le ricorrenti che essa non comporta alcun incremento di superficie e/o di volume, né per la sua installazione sarebbe necessario il rilascio del permesso di costruire. In più, la installazione della pergotenda era stata autorizzata con provvedimento n. 4502 del 10 aprile 2014.

Quanto al manufatto descritto al punto c) della impugnata ordinanza, esso erroneamente sarebbe stato qualificato come veranda, poiché i vetri che ne costituiscono le pareti vengono smontati durante la stagione invernale.

Trattandosi, nel complesso di opere per le quali non era necessaria la acquisizione di un titolo edilizio, sarebbe del tutto illegittima la previsione della loro demolizione, poiché per tali fattispecie di abuso la legge prevede che sia irrogata una sanzione pecuniaria conseguente alla mancata comunicazione dell'inizio dei lavori da parte degli interessati.

Con ulteriori censure, le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 7 della L 241/90 e la violazione degli artt. 3, 22, 27, 31, 36 e 37 del d.P.R. 380/01 per omesso avviso di avvio del procedimento di demolizione e perché l'amministrazione non avrebbe avviato d'ufficio il procedimento di accertamento di conformità.

L'ordinanza impugnata sarebbe, inoltre, illegittima perché essa dispone a carico dei proprietari la irrogazione della sanzione pecuniaria "di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000,00 euro" nel caso di inottemperanza all'ordine di demolizione.

A sostegno delle proprie ragioni, le ricorrenti hanno depositato in giudizio:

- l'autorizzazione n. 4502 del 10 aprile 2014 per l'installazione "a carattere provvisorio di una tenda avvolgibile di tipo smontabile";

- la comunicazione del 25 ottobre 2016 dell'avvenuta rimozione della pensilina di cui al punto a) della ordinanza di demolizione;

- la domanda di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 37 del d.p.r. 380 del 2001 del 1° settembre 2016 avente ad oggetto la realizzazione della pergotenda;

- la dichiarazione di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 37 del d.p.r. 380 del 2001 del 25 ottobre 2016 avente ad oggetto la realizzazione di una tettoia con travi e pilastri in legno con copertura in tegole.

Il comune di Vietri sul Mare non si è costituito in giudizio.

Alla pubblica udienza del 22 maggio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Il ricorso è solo in parte fondato, dovendosi, per il resto, respingere come appresso specificato.

3.1 In primo luogo, va rilevato che l'ordinanza che dispone la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi è stata adottata non solo per profili di irregolarità urbanistica ma anche per la rilevante circostanza che gli interventi di trasformazione dell'immobile sono stati realizzati in zona sottoposta a vincolo paesaggistico.

Tale premessa si rende necessaria in quanto nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico anche minimi interventi che determinano l'alterazione del profilo del paesaggio sono suscettibili di rigorosi provvedimenti di ripristino.

Tali principi sono stati dalla giurisprudenza ribaditi anche con riferimento alle cosiddette "pergotende". È stato infatti precisato che:

- *"a prescindere...dalla sua (peraltro contestata da controparte) natura precaria e amovibile (di per sé irrilevante per l'applicazione delle disposizioni del codice n. 42 del 2004), la pergotenda oggetto dell'ingiunzione, in ragione delle sue dimensioni, è idonea ad alterare l'aspetto dell'edificio, e dunque ha un impatto sull'estetica e sulla "fotografia" del paesaggio;*

- *l'art. 27, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 attribuisce all'amministrazione comunale un generale potere di vigilanza e controllo su tutta l'attività urbanistica ed edilizia, imponendo l'adozione di provvedimenti di demolizione anche in presenza di opere realizzate in zone vincolate in assenza dei relativi titoli abilitativi, al fine di ripristinare la legalità violata dall'intervento edilizio non autorizzato". (Cons. St., sent. n. 4736 del 201).*

Tuttavia, il legislatore, con l'introduzione del d.P.R. 31 del 2017 – che ai sensi dell'art. 17, comma 2, si applica anche per fattispecie antecedenti alla sua entrata in vigore - ha disposto un regime di favore per taluni interventi ritenuti di basso impatto per la cui realizzazione non si rende necessaria la acquisizione della autorizzazione paesaggistica.

Tra tali interventi, all'Allegato A del predetto decreto, sono specificamente indicate le cosiddette "pergotende".

Ciò posto, sebbene l'installazione della pergotenda non sia sottoposta al regime autorizzatorio per ciò che riguarda i profili di tutela del vincolo paesaggistico, essa, tuttavia, non può considerarsi attività del tutto libera dal punto di vista urbanistico e di tutela dell'assetto del territorio.

La giurisprudenza ha, infatti, precisato che l'installazione di una pergotenda rientra tra le attività di edilizia libera e come tale non necessita di permesso di costruire, a meno che la struttura non abbia grandi dimensioni e non se ne faccia un utilizzo duraturo nel tempo. (Tar Lazio, sent. n. 12632 del 22 dicembre 2017).

Nel caso di specie, le dimensioni della struttura fanno ritenere che si tratti di opera duratura destinata ad ampliare la superficie abitabile del fabbricato, costituendo a tutti gli effetti una "nuova costruzione".

Si tratta, infatti, di una struttura a pianta rettangolare con profili di ferro ancorati su una superficie di legno posta ad un livello superiore al piano di calpestio del giardino e che si estende per una superficie di circa 100 metri quadri.

L'esistenza della pedana di legno e degli assi verticali ancorati al suolo fanno ritenere che, anche quando la tenda viene riavvolta, restano visibili opere permanenti e durature.

Non può, infatti, rilevare la circostanza che le interessate abbiano ottenuto nell'anno 2014 una autorizzazione per la installazione della pergotenda.

Tale provvedimento consentiva la installazione solo temporanea della tenda.

Dagli atti del giudizio risulta, invece, che le ricorrenti abbiano reso tale installazione permanente, dal momento che essa era esistente al momento in cui è stato effettuato il sopralluogo da parte della polizia municipale in data 18 maggio 2016.

3.2 Neppure può dirsi che sia conforme alla normativa urbanistica la realizzazione della veranda descritta al punto c) della impugnata ordinanza.

Si tratta della creazione di un nuovo volume, in ampliamento degli ambienti interni, che si estende per una superficie di circa 33 metri quadrati.

Le ricorrenti deducono di aver presentato istanza di regolarizzazione ai sensi dell'art. 37 del d.P.R. 380 del 2001.

Tale circostanza, tuttavia, non è idonea a dimostrare la legittimità del manufatto.

In disparte le considerazioni già svolte al precedente punto 3.1 circa la presenza di un vincolo paesaggistico sull'area oggetto di intervento, va rilevato che la disciplina dell'art. 37 del d.P.R. 380 del 2001 non può essere applicata nei casi, come quello in esame, in cui si realizzi un nuovo volume.

La consolidata giurisprudenza, condivisa dal Collegio, ha precisato che le verande, in quanto determinano una variazione planovolumetrica ed architettonica dell'immobile nel quale vengono realizzate, sono senza dubbio soggette al preventivo rilascio di permesso di costruire. (*ex multis*, Cons. St., sent. 26 marzo 2018, n. 1893).

3.3 In ragione di quanto sin qui esposto, risulta inconferente il richiamo operato dalle ricorrenti alla sanatoria da esse richiesta sia per la realizzazione della pergotenda che per la realizzazione della veranda, ai sensi dell'art. 37, comma 4, del testo unico dell'edilizia, il quale è relativo all'accertamento di conformità degli interventi – diversi da quelli oggi in contestazione – eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività.

3.4 Quanto all'ordine di rimozione della pensilina, di cui alla lettera a) della impugnata ordinanza di demolizione, ritiene il Collegio che possano essere condivise le deduzioni delle ricorrenti che hanno posto in evidenza la natura transitoria dell'opera, anche comprovata dalla circostanza che il manufatto è stato prontamente rimosso.

3.5 Per le esposte ragioni, il primo motivo di ricorso risulta solo in parte fondato.

4. E' infondato il secondo motivo di ricorso.

La pacifica giurisprudenza, dalla quale il Collegio ritiene di non doversi discostare, qualifica come attività vincolata quella con la quale l'amministrazione – accertata la violazione della normativa edilizia- agisce al fine di garantire il ripristino della legalità mediante l'adozione di atti con i quali impone l'adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto.

In tal senso, trattandosi di attività repressiva espressione di potere vincolato, trova applicazione il principio di cui all'art. 21 *octies* della L 241/90 che qualifica come vizi non invalidanti le violazioni delle norme sul procedimento amministrativo lesive dell'interesse partecipativo del privato, quando siano riconducibili – come nel caso di specie- all'esercizio di poteri vincolati.

5. E' infondato il terzo motivo di ricorso.

La disciplina espressa negli articoli 36 e 37 del d.P.R. 380 del 2001 – ai fini dell'accertamento di conformità delle opere edilizie realizzate sine titulo - prevede un peculiare procedimento che si conclude o con l'accoglimento della istanza di sanatoria mediante la adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento espresso, ovvero con il rigetto della predetta istanza, o con atto espresso o a mezzo di un silenzio significativo (silenzio che rileva anche per le fattispecie contemplate nell'art. 37 del TU edilizia per l'espresso richiamo operato dal comma 6).

Nel caso di specie, sulle istanze formulate dalle ricorrenti, al decorso dei sessanta giorni dalla presentazione delle relative domande, si è realizzato un silenzio che equivale al rigetto delle predette domande di sanatoria, onde la legittimità dell'esercizio da parte dell'amministrazione dei doverosi poteri repressivi degli abusi.

6. E' infondato il quarto motivo di ricorso.

Le ricorrenti deducono la illegittimità dell'impugnata ordinanza nella parte in cui essa prevede l'applicazione della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 31, comma 4 bis, del d.P.R. 380 del 2001 conseguente alla mancata ottemperanza dell'ordine di demolizione.

Esse, infatti, deducono la violazione del principio di irretroattività della legge, in quanto la norma sarebbe entrata in vigore successivamente alla commissione dei contestati abusi edilizi.

Ritiene il Collegio che le deduzioni delle ricorrenti non possano essere condivise.

La previsione della sanzione pecuniaria è un effetto di legge che consegue alla constatazione da parte della amministrazione della mancata ottemperanza dell'ordine di demolizione.

Al momento della emanazione del provvedimento impugnato, inoltre, era già entrata in vigore la legge che ha attribuito al Comune il potere di disporre la sanzione pecuniaria, nei confronti di chi non abbia eseguito la precedente ordinanza di demolizione: non è stato violato il principio di irretroattività, poiché rileva sotto tale profilo non la data nella quale è stato commesso l'illecito edilizio con la realizzazione dei lavori abusivi, bensì la data in cui è accertata la mancata esecuzione dell'ordinanza di demolizione (e cioè la data nella quale è accertata la commissione di un ulteriore illecito, consistente nella ulteriore condotta omissiva di mancata ottemperanza dell'ordinanza volta al ripristino della legalità).

7. Per le ragioni che precedono, il ricorso risulta in parte fondato e va accolto, nei limiti indicati al precedente punto 3.4, mentre va respinto per il resto.

Le spese del giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1801 del 2016, come in epigrafe proposto, accoglie in parte il ricorso, nei limiti indicati al punto 3.4. della motivazione, e per l'effetto annulla l'ordinanza del Comune di Vietri sul Mare n. 30 del 26 luglio 2016 nella parte in cui ha ordinato la rimozione della pensilina ivi descritta, e lo respinge per il resto.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Angela Fontana, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Angela Fontana

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO