

Pubblicato il 04/07/2019

Sent. n. 439/2019

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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 834 del 2016, proposto da [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppina Caminiti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Campo Calabro, in persona del Sindaco *pro tempore* ed il Responsabile dell'Ufficio Tecnico - Sportello Unico per L'Edilizia del Comune di Campo Calabro, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della diffida a rimuovere una struttura in legno amovibile realizzata nell'are di pertinenza di un fabbricato in c.a. (foglio [omissis] particella [omissis]) [omissis] in Via [omissis] e contestuale irrogazione di sanzione amministrativa pari ad euro 516,00.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2019 la dott.ssa Agata Gabriella Caudullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 28 ottobre 2016 e depositato il successivo 26 novembre, [omissis] ha impugnato il provvedimento in epigrafe con cui il Comune di Campo Calabro ha rigettato la richiesta dalla stessa presentata di revoca in autotutela della “*diffida a rimuovere una struttura in legno amovibile realizzata nell'are di pertinenza di un fabbricato in c.a. [omissis] in Via [omissis]*” in quanto “*priva di qualsiasi autorizzazione*”.

Premette la ricorrente di aver ottenuto in data in data 15 luglio 2014, l'autorizzazione all'installazione di una struttura in legno amovibile poggiata al suolo e con copertura in pannelli leggeri, “*per il periodo estivo a supporto dell'attività commerciale*” ed in data 29 maggio 2015 l'autorizzazione temporanea all'installazione di una struttura in legno amovibile e copertura con tenda retrattile.

Nel 2016, ritenendo che l'installazione della suddetta struttura leggera rientrasse nella previsione di cui all'art. 1.19 punto 2 lettera a.10 del regolamento comunale, presentava, quindi, comunicazione di attività libera per l'installazione della stessa.

Con atto di diffida notificato il 26 luglio 2016 l'Ufficio Tecnico Comunale le intimava, tuttavia, la rimozione della struttura in quanto soggetta al regime del permesso di costruire.

Con nota del 17 agosto 2016, notificata il 19 agosto, il Comune confermava le suddette conclusioni rigettando la richiesta di revoca in autotutela e reiterando il contenuto della diffida già notificata.

L'impresa ricorrente contesta la legittimità di tale ultimo provvedimento sotto i seguenti profili:

I. Violazione e falsa applicazione di legge (art. 1.19 lett. a.10). Errata applicazione del DPR n. 380 del 2001.

Rileva parte ricorrente che la struttura realizzata – data la sua “oggettiva strumentalità, limitata dimensione, univoca destinazione d’uso, collocazione in aderenza, rapporto di proprietà” - deve essere qualificata come opera pertinenziale, eseguibile senza titolo abilitativo in quanto rientrante nella espressa previsione delle richiamate norme regolamentari.

II. Erronea rappresentazione e valutazione dei fatti presupposti rispetto al presunto ampliamento dell’attività commerciale.

Contrariamente a quanto affermato nel provvedimento impugnato la “pergotenda” non sarebbe a servizio della pizzeria, determinando un ampliamento strutturale dei locali ad attività commerciale, bensì al servizio dell’intero fabbricato e di tutti i proprietari dello stesso.

Si tratterebbe, peraltro, di una struttura precaria, utilizzata a servizio del locale commerciale solo nel periodo estivo.

La stessa copertura, peraltro, è ritraibile.

III. Violazione e falsa applicazione della legge 241/90. Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione dei principi di efficienza, trasparenza, buon andamento, correttezza e buona fede. Difetto di istruttoria.

Il provvedimento impugnato sarebbe, inoltre, illegittimo perché non preceduto dall’avviso di avvio del procedimento né dalla comunicazione dei motivi ostativi.

2. Il Comune di Campo Calabro, sebbene ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

3. Con ordinanza n. 220 del 13 dicembre 2016 la Sezione ha respinto l’istanza cautelare “*Ritenuto che ad un esame sommario della controversia, tipico della presente fase cautelare, le censure dedotte da parte della ricorrente non inducono ad una favorevole previsione dell’esito del ricorso in quanto gli interventi realizzati, in ragione della loro tipologia e consistenza (estensione della “pergotenda” per circa 50 mq) non appaiono riconducibili nella previsione di cui all’art. 1. 19 lettera a.10) del Regolamento edilizio Comunale individua le opere pertinenziali eseguibili senza titolo abilitativo*”.

4. Con memoria difensiva depositata il 7 febbraio 2017 la ricorrente ha insistito per l’accoglimento del ricorso evidenziando come la struttura definita “pergotenda”, essendo aperta su tre lati, non determini alcun aumento volumetrico ed altresì sottolineando come l’estensione della stessa debba essere valutata tenendo conto delle dimensioni del fabbricato cui essa accede.

Ha prodotto a tal fine una relazione tecnica descrittiva dalla quale emerge che a fronte di una superficie complessiva del lotto pari a mq 1000 e di una superficie coperta dall’edificio a due piani f.t. sullo stesso insistente pari a mq 298, l’estensione della struttura amovibile sia pari a soli mq 72.

5. All’udienza pubblica del 29 maggio 2019 la causa è stata posta in decisione.

6. Il ricorso è infondato.

6.1. L’opera di che trattasi, per le sue dimensioni e caratteristiche strutturali, non può essere considerata pertinenza.

Secondo una consolidata giurisprudenza, infatti, in materia edilizia sono qualificabili come pertinenze solo le opere “*di modesta entità e accessorie rispetto ad un’opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici et similia, ma non anche opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotino per una propria autonomia rispetto all’opera cosiddetta principale e non siano coesenziali alla stessa*” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 694 del 16 febbraio 2017).

È stato chiarito che affinché possa configurarsi il vincolo pertinenziale che può giustificare l’alleggerimento del regime edilizio, “*è indispensabile che il manufatto destinato ad un uso pertinenziale durevole sia dalle dimensioni ridotte e modeste, per cui soggiace a concessione edilizia la realizzazione di un’opera di rilevanti dimensioni, che modifica l’assetto del territorio e che occupa*

aree e volumi diversi rispetto alla *res principalis*, indipendentemente dal vincolo di servizio o d'ornamento nei riguardi di essa" (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 5008 del 22 agosto 2018).

6.2. L'opera in questione non risponde nemmeno alla definizione di opera pertinenziale di cui al regolamento comunale.

6.2.1. Le disposizioni del regolamento edilizio comunale richiamate dall'impresa ricorrente stabiliscono:

"art. 1.19

1. Si definiscono opere pertinenziali i manufatti che, pur avendo una propria individualità ed autonomia sono posti in durevole ed esclusivo rapporto di proprietà, di subordinazione funzionale o ornamentale, con uno o più edifici principali di cui fanno parte e sono caratterizzati:

a) dalla oggettiva strumentalità;

b) dalla limitata dimensione;

c) dalla univoca destinazione d'uso;

d) dalla collocazione in aderenza o a distanza non superiore a m 30 dall'edificio principale o ricadenti, comunque, all'interno del lotto in zone assimilabili alle zone "B", "C", "D", ed "F" di cui al DM 1444/1968 ...

e) dal rapporto di proprietà o di altro titolo equipollente

2. Le opere pertinenziali, ove siano verificate le caratteristiche di cui sopra ... sono così differenziate:

a) opere pertinenziali, eseguibili senza titolo abilitativo ...:

...

q.10) i pergolati con struttura leggera, in ferro o legno purché collocati a terra senza opere fondali e privi di qualsiasi copertura, destinati esclusivamente a sorreggere essenze vegetali o teli ombreggianti".

6.2.2. Nel caso in esame, la struttura, con una dimensione (secondo quanto emerso dalla relazione tecnica descrittiva depositata in giudizio il 7 febbraio 2017) pari a 72 metri quadrati per un'altezza di 2,5 metri non risponde certamente alle caratteristiche previste dalla lettera b) della disposizione appena richiamata.

Né, al riguardo rileva che il fabbricato cui accede abbia un volume di 2.400 metri quadri e che, pertanto, il volume del pergolato risulti essere inferiore al 20% rispetto al volume dell'edificio principale.

Le sopra richiamate disposizioni regolamentari, infatti, non parametrano le dimensioni dell'opera pertinenziale a quelle del fabbricato cui la stessa accede limitandosi a stabilire che rientrino nella definizione di opera pertinenziale le opere *"dalla limitata dimensione"*.

Lo stesso regolamento comunale, peraltro, individua al successivo punto c), tra le opere pertinenziali sottoposte a permesso di costruire: *"c1) le tettoie, le pergole, i gazebo, i manufatti per barbecue e per il ricovero di animali domestici o di compagnia aventi caratteristiche superiori rispetto a quelle di cui alla precedente lettera a., punti a.6) e a.11), per una Superficie lorda di piano non superiore a mq 20,00 e di altezza non superiore a metri lineari 2,40, di pertinenza di edifici residenziali e per attività di tipo ricettivo, agriturismo, sportive, ricreative e servizi"*.

Da una lettura coordinata delle suddette disposizioni emerge, dunque, che la tettoia, il pergolato o il gazebo per poter essere definiti come opera pertinenziale, devono avere una dimensione non superiore a 20 metri quadrati ed un'altezza non superiore a 2,40 metri lineari.

L'opera oggetto dell'ordine di rimozione, di dimensioni superiori, non può essere, pertanto, annoverata tra le *"opere pertinenziali eseguibili senza titolo abilitativo"* ai sensi delle disposizioni regolamentari invocate da parte ricorrente.

6.3. Il manufatto in questione, peraltro, proprio per le sue caratteristiche dimensionali, sfugge al perimetro applicativo della pergotenda e deve pertanto, anche sotto tal profilo, ritenersi asservito al regime del permesso di costruire.

La pergotenda, infatti, *"è qualificabile come mero arredo esterno quando è di modeste dimensioni, non modifica la destinazione d'uso degli spazi esterni ed è facilmente ed immediatamente rimovibile, con la conseguenza che la sua installazione si va ad inscrivere all'interno della categoria delle*

attività di edilizia libera e non necessita quindi di alcun permesso” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1777 dell’11 aprile 2014).

È stato chiarito, inoltre, che “per aversi una pergotenda occorrerebbe ... che l’opera principale sia costituita non dalla struttura in sé, ma dalla tenda, quale elemento di protezione dal sole o dagli agenti atmosferici, con la conseguenza che la struttura deve qualificarsi in termini di mero elemento accessorio, necessario al sostegno e all’estensione della tenda. Nel caso in esame, infatti, trattasi di struttura con travetti lignei di una certa consistenza che sorreggono una tenda, struttura che può essere senz’altro definita solida e permanente e, soprattutto, tale da determinare una evidente variazione di sagoma e prospetto dell’edificio” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 5737 del 5 ottobre 2018).

Nel caso di specie, la struttura realizzata, identica, secondo quanto dalla stessa ricorrente rappresentato, a quella installata negli anni precedenti, è compiutamente descritta nella relazione illustrativa allegata alla richiesta di autorizzazione del 22 maggio 2015.

Emerge da tale descrizione nonché dalle planimetrie allegata alla suddetta relazione che l’opera oltre ad avere delle dimensioni rilevanti (caratteristica che, alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, esclude in sé la possibilità di definirla tecnicamente una “pergotenda”) presenta delle caratteristiche (quali la struttura portante in legno composta da pilastri e travetti costituente orditura principale e secondaria della copertura”, il fissaggio al suolo “con opportuni basamenti in cls di sostegno alla struttura”, la pavimentazione in “piastrelle di cemento 40 x 40 allettate al suolo su strato di sabbia predisposto”) tali da escludere che la struttura possa qualificarsi in termini di mero elemento accessorio, necessario al sostegno e all’estensione della tenda ed altresì tali da determinare una evidente variazione di sagoma e prospetto dell’edificio.

7. Alla luce del costante indirizzo giurisprudenziale, da cui non vi è ragione di discostarsi è, infine, infondato anche il terzo motivo di ricorso con cui parte ricorrente deduce l’illegittimità del provvedimento sanzionatorio per mancato rispetto delle garanzie procedurali e per mancata comunicazione del preavviso di rigetto.

“L’esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce manifestazione di attività amministrativa doverosa, con la conseguenza che i relativi provvedimenti, quali l’ordinanza di demolizione, costituiscono atti vincolati per la cui adozione non è necessario l’invio della comunicazione di avvio del procedimento [né del preavviso di rigetto], non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell’atto (T.A.R. Lombardia, Milano, II, 6 agosto 2018, n. 1946; 5 marzo 2018, n. 616; altresì Consiglio di Stato, VI, 29 novembre 2012, n. 6071; 24 settembre 2010, n. 7129)” (TAR Milano, sez. II, sentenza n. 2098 del 18 settembre 2018).

Va osservato, peraltro, che l’impresa ricorrente ha riscontrato la diffida alla rimozione del manufatto notificata il 26 luglio 2016 chiedendone l’annullamento in autotutela.

In quella occasione ha potuto, pertanto, introdurre nel procedimento gli elementi a suo avviso determinanti. Tali elementi sono stati oggetto di apposita istruttoria da parte dei competenti uffici comunali, conclusasi con la conferma del provvedimento sanzionatorio precedentemente adottato.

La censura è, conseguentemente, infondata dovendo ritenersi che *“le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo non debbano essere applicate meccanicamente e formalisticamente, dovendo essere invece essere interpretate in senso sostanziale, coordinando in modo ragionevole e sistematico principi di legalità, imparzialità e buon andamento ed i corollari di economicità e speditezza dell’azione amministrativa, così che la mancata comunicazione di avvio del procedimento ed anche la mancata nomina del responsabile del procedimento non possono determinare sic et simpliciter l’annullamento del provvedimento, allorquando l’interessato sia venuto comunque a conoscenza dei fatti posti a fondamento del provvedimento sfavorevole ai suoi interessi ed abbia avuto la possibilità di svolgere osservazioni e controdeduzioni” (TAR Milano, sentenza citata).*

8. In ragione di quanto esposto il ricorso è infondato e deve, pertanto, essere respinto.

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese in considerazione della mancata costituzione del Comune intimato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Referendario, Estensore

Andrea De Col, Referendario

L'ESTENSORE

Agata Gabriella Caudullo

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO