

Pubblicato il 31/01/2020

Sent. n. 86/2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 647 del 2016, proposto da [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.to Davide Santoro, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv.to Alberto Salvadori in Brescia, Via XX Settembre n. 8; contro

Comune di Ceto, non costituitosi in giudizio;

nei confronti

[omissis], non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO IN DATA [omissis], NOTIFICATO IN PARI DATA, RECANTE L'ORDINE DI DEMOLIZIONE DI UN'OPERA EDILIZIA ABUSIVA (GAZEBO);

- DI TUTTI GLI ATTI ANTERIORI, PREORDINATI, CONSEQUENZIALI E CONNESSI, COMPRESA LA RELAZIONE DI SOPRALLUOGO DEL [omissis] E LA NOTA COMUNALE [omissis].

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2020 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Presso il ristorante [omissis] viene esercitata attività di somministrazione di alimenti e bevande, all'interno di un immobile di proprietà del controinteressato (al piano terra e nel seminterrato). All'esterno, è presente un manufatto pertinenziale con copertura mobile (*gazebo* – planimetria doc. 4).

B. Con nota 6/8/2015 il Comune intimato invitava il proprietario a rimuovere il *gazebo* dall'area adiacente il ristorante (doc. 3). All'esito di un'istanza di accesso, il ricorrente apprendeva della segnalazione del Sig. [omissis] del [omissis] e della relazione del tecnico comunale del [omissis].

C. Con l'impugnato provvedimento l'amministrazione comunale ha ingiunto alla [omissis] (titolare dell'esercizio commerciale) e al proprietario la demolizione dell'opera, in quanto non assistita dal titolo abilitativo edilizio né dall'autorizzazione paesaggistica (insistendo su area sottoposta a vincolo), nonché il ripristino dello stato dei luoghi entro il termine di 90 giorni dalla notifica.

L'opera, descritta nel già citato verbale di sopralluogo, consiste in un *gazebo* a pianta rettangolare di dimensioni 5 x 6 metri e altezza massima di 3,50 metri, con struttura portante in pilastri di ferro, telaio di copertura di tubolari metallici e rivestimento di materiale plastico di colore verde.

D. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, il ricorrente impugna il provvedimento in epigrafe, deducendo i seguenti motivi in diritto:

a) Violazione dell'art. 31 commi 2 e 3 del DPR 380/2001, eccesso di potere per carenza di istruttoria, in quanto [omissis] – notiziata quale persona fisica residente a Capo di Ponte (BS) – non vanta alcun rapporto giuridico con il bene colpito dalla misura sanzionatoria, dal momento che il *gazebo* è stato realizzato nell'area esterna al fabbricato di proprietà di [omissis] concesso in locazione alla [omissis] (persona giuridica dotata di un'autonomia sua propria).

b) Violazione dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 3 e 6 del DPR 380/2001, dell'art. 149 del D. Lgs. 42/2004, eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione, erroneità dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, in quanto l'intervento non ha determinato alcuna trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio: esso costituisce un semplice elemento di arredo amovibile, aperto su tutti i lati, tamponato con un telo di plastica di esigue dimensioni, non stabilmente infisso al suolo e privo di elementi in muratura (rientrerebbe nell'attività edilizia libera, senza necessità di permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica).

c) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 22 comma 1 n. 2, 37 commi 1 e 6 del DPR 380/2001, eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, presupposto erroneo, travisamento, illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, in quanto l'intervento – ove non rientrasse nell'alveo dell'attività edilizia libera – sarebbe quanto meno realizzabile previa SCIA, in assenza di un'alterazione della sagoma dell'edificio (ne deriverebbe l'assoggettamento al regime di cui all'art. 37 del T.U. che prevede, in caso di violazione, la sola sanzione pecuniaria).

d) Violazione dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 3 comma 1, 6 e 10 comma 1 del DPR 380/2001, eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, in quanto la consistenza del manufatto è inferiore al 20% del volume dell'unità immobiliare nel suo complesso ed è qualificabile come semplice pertinenza esterna dell'esercizio (rientrante tra i casi di edilizia libera).

E. Il Comune di Ceto e il controinteressato non si sono costituiti in giudizio.

F. Con ordinanza di questa Sezione n. 454, adottata nella Camera di consiglio del 22/6/2016, è stata rigettata la domanda cautelare.

G. Alla pubblica udienza del 10/1/2020 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorrente censura il provvedimento repressivo adottato dal Comune di Ceto, che ha intimato l'eliminazione del manufatto realizzato in assenza di permesso di costruire e di autorizzazione paesaggistica.

1. E' anzitutto infondata la prima censura.

1.1 Come ha messo in luce il Consiglio di Stato (sez. VI – 13/11/2019 n. 7792), *“Per pacifica giurisprudenza, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, ... presupposto per l'adozione dell'ordinanza di demolizione non è l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, bensì l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia: sicché sia il soggetto che abbia la titolarità a eseguire l'ordine ripristinatorio, ossia in virtù del diritto dominicale, il proprietario, sia il responsabile dell'abuso sono destinatari della sanzione reale della demolizione e del ripristino dei luoghi (cfr da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 11/12/2018, n. 6983; Sez. II, 12/9/2019, n. 6147)”*.

1.2 Nel caso di specie, l'immobile ove si svolge l'attività – unitamente all'area sulla quale è stato realizzato l'illecito edilizio sanzionato con l'atto impugnato – è di proprietà del controinteressato,

mentre l'esercizio pubblico (costituito in forma societaria) ne ha la disponibilità, per cui il Comune ha correttamente ingiunto a entrambi di demolire l'opera abusiva. L'autorità amministrativa ha dedotto che l'utilizzatore del fabbricato (e del gazebo adiacente) è il "Ristorante [omissis]" e la ricorrente risulta titolare dell'esercizio commerciale, per cui la notifica è stata effettuata nei suoi confronti quale legale rappresentante della Società di persone locataria. Del resto, detta qualità in capo alla persona fisica destinataria del provvedimento è pacifica, ed è stata espressamente indicata nel corpo dell'ordinanza (pag. 2).

2. Anche il secondo motivo è privo di pregio.

2.1 L'art. 3 comma 1 lettera e.5 del D.P.R. 380/2001 reputa interventi di nuova costruzione *"l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, ad eccezione di quelli che siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee o siano ricompresi in strutture ricettive all'aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti, previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, in conformità alle normative regionali di settore"*. I descritti interventi non sono dunque automaticamente classificati nell'alveo dell'attività edilizia libera, viceversa regolata dall'art. 6, che al comma 2 lett. b) – in vigore alla data di adozione dell'atto impugnato – contempla *"le opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni"*.

2.2 Ebbene, la circostanza che una struttura sia semplicemente "appoggiata" al suolo non la rende *ex se* riconducibile nell'ambito della c.d. edilizia libera. Solo le opere agevolmente rimuovibili, funzionali a soddisfare un'esigenza oggettivamente temporanea, destinata a cessare dopo il breve tempo entro cui si realizza l'interesse finale, possono dirsi di carattere precario e, in quanto tali, non richiedenti il permesso di costruire (T.A.R. Liguria, sez. I – 11/6/2019 n. 529). Come ha ricordato T.A.R. Lombardia Milano, sez. II – 18/3/2019 n. 579, *<<La giurisprudenza è concorde nel senso che per individuare la natura precaria di un'opera si debba seguire non il criterio strutturale, ma il criterio funzionale, per cui un'opera può anche non essere stabilmente infissa al suolo, ma se essa presenta la caratteristica di essere realizzata per soddisfare esigenze non temporanee, non può beneficiare del regime delle opere precarie ...>>*.

2.3 In buona sostanza, la natura precaria di un manufatto non può essere desunta dalla temporaneità della destinazione soggettivamente data all'opera dal costruttore, ma deve ricollegarsi all'intrinseca destinazione materiale di essa a un uso realmente precario e transitorio, per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, non essendo sufficiente che si tratti eventualmente di un manufatto smontabile e/o non infisso al suolo (T.A.R. Toscana, sez. II – 8/10/2019 n. 1315). Non possono, in definitiva, essere considerati manufatti precari quelli destinati a una utilizzazione perdurante nel tempo, di talché l'alterazione del territorio non può essere considerata irrilevante (Consiglio di Stato, sez. VI – 23/5/2017 n. 2438, che richiama sez. VI – 4/9/2015 n. 4116 e anche il precedente della sez. VI – 1/4/2016 n. 1291).

2.4 Nel caso di specie, il manufatto è di dimensioni non trascurabili (30 mq.), così come si può rilevare dalle fotografie allegate alla relazione di sopralluogo del 10/2/2015, ed è collocato all'esterno del fabbricato destinato a ristorante per un verosimile utilizzo continuativo. Peraltro, un concorrente fattore ostativo è rappresentato dall'assenza dell'autorizzazione paesaggistica (cfr. vincolo di cui all'art. 142 comma 1 lett. c del D. Lgs. 42/2004, per l'insistenza nella fascia di rispetto di 150 metri dal Fiume Oglio). Anche rispetto a quest'ultimo l'ordine di demolizione si configura come atto dovuto.

3. La terza doglianza è fuorviante e deve essere rigettata, poiché la dedotta "non alterazione" della sagoma parrebbe riferirsi al fabbricato principale, mentre l'abuso investe il manufatto eretto esternamente.

4. Il quarto motivo verte sul concetto di pertinenza urbanistica.

4.1 Questo T.A.R. (cfr. sez. I - 29/11/2018 n. 1141) ha statuito che, *<<sulla base di un consolidato insegnamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4290; nonché*

T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 21 settembre 2018 nn. 884 e 887; 22 gennaio 2018 n. 22; 11 dicembre 2017 n. 1425):

- la pertinenza è configurabile quando vi è un oggettivo nesso funzionale e strumentale tra cosa accessoria e quella principale, cioè un nesso che non consenta altro che la destinazione della cosa ad un uso pertinenziale durevole, oltre che una dimensione ridotta e modesta del manufatto rispetto alla cosa cui esso inerisce (Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2012 n. 615);

- a differenza della nozione di pertinenza di derivazione civilistica, ai fini edilizi il manufatto può essere considerato una pertinenza quando è non solo preordinato ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale e funzionalmente inserito al suo servizio, ma è anche sfornito di un autonomo valore di mercato e non comporta un cosiddetto carico urbanistico (Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2008 n. 6756 e 13 giugno 2006 n. 3490)".

La stessa pronuncia ha poi precisato che "il carattere pertinenziale rilevante ai fini urbanistici transita attraverso le seguenti coordinate identificative:

- opere che non comportino un nuovo volume;

- opere che comportino un nuovo e modesto volume 'tecnico' (così come definito ai fini urbanistici ...)>>.

I principi sono stati ribaditi nella sentenza di questa Sezione 5/6/2019 n. 546.

4.2 Dal punto di vista tecnico-giuridico il gazebo è caratterizzato da una struttura costruttiva leggera e aperta, che consente il passaggio di luce e aria facilitando l'ombreggiamento e la protezione delle persone durante la sosta. Esso è tipicamente privo di pareti e di un tetto o solaio propriamente detti, ma è dotato di una copertura impermeabile facilmente amovibile.

4.3 Dalla descrizione contenuta nella relazione di sopralluogo del Comune si evince che i pilastri e la copertura di materiale plastificato hanno formato un nuovo volume che, per consistenza e tipologia, risulta agevolmente utilizzabile in via autonoma e separata rispetto all'edificio principale (del quale amplia la fruibilità): risulta destinato a soddisfare esigenze durevoli nel tempo e implica un incremento del carico urbanistico, con un'autonoma identità edilizia.

5. In conclusione, la pretesa avanzata deve essere rigettata.

6. Nulla per le spese, in difetto di costituzione in giudizio delle parti intimate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

Nulla per le spese.

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

La presente sentenza è depositata in forma telematica, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Tenca

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO