

Pubblicato il 20/01/2020

Sent. n. 46/2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 127 del 2019, proposto da [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giulia Mattioli e Giovanni Dolcini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Dolcini in Ancona, corso Stamira, 17; contro

Comune di Ancona, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianni Fraticelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; per l'annullamento

- provvedimento prot. n. [omissis], notificato in data [omissis], a firma del dirigente dello Sportello Unico Integrato (S.U.I.) edilizia privata, produttiva e commercio, patrimonio del Comune di Ancona, contenente diffida ex art. 35 del DPR 380/2001;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, in particolare, della comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, prot. n. [omissis], notificata in data [omissis];

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ancona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2019 la dott.ssa Simona De Mattia 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 l'impugnato provvedimento, preceduto da comunicazione di avvio del procedimento prot. [omissis], il Comune di Ancona ha diffidato il titolare della ditta ricorrente a provvedere alla rimozione delle opere abusive realizzate su area demaniale, consistenti nell'installazione di un "pergolato" con struttura metallica e copertura con telo in PVC, utilizzato per la somministrazione di alimenti e bevande, in ampliamento dell'attività esistente, ritenute non conformi alla normativa vigente per la zona, disciplinata dall'art. 6.3 – Zona per la balneazione – delle NTA del Piano particolareggiato di Palombina di cui alla variante approvata nel 2004, oltre che realizzate in assenza di permesso di costruire, titolo richiesto per gli interventi di nuova costruzione, quale sarebbe da considerare quello in parola.

Con il medesimo provvedimento, la ricorrente è stata diffidata a non utilizzare i manufatti abusivi per lo svolgimento dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande.

1.1. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

- difetto di istruttoria e di motivazione, dal momento che il Comune di Ancona erroneamente inquadrebbe il manufatto in questione come di nuova costruzione e non invece come una “pergotenda”, come tale rientrante tra gli interventi di edilizia libera. L’opera sarebbe, infatti, costituita da una struttura leggera, in alluminio, munita di meccanismo idoneo a far scorrere un telo sotto un telaio con il fine di protezione dalla luce del sole e dagli agenti atmosferici; sarebbe priva di opere in muratura e di tamponature laterali; sarebbe facilmente rimuovibile tramite smontaggio, senza necessità di alcuna demolizione (come peraltro confermato dalla scheda tecnica del fornitore);
- da quanto sopra, discenderebbe l’illegittima applicazione dell’art. 35 del D.P.R. n. 380 del 2001, dato l’erroneo inquadramento dell’opera realizzata dalla ricorrente tra gli interventi previsti dall’art. 10, comma, 1 del medesimo DPR e non tra le opere cosiddette di “edilizia libera”, fra le quali sarebbe pacificamente annoverata la “pergotenda”. Tanto sarebbe confermato anche dal glossario delle opere realizzabili senza titolo edilizio di cui al DM 2 marzo 2018, che comprende, al n. 50, appunto le pergolende;
- difetto di motivazione in ordine alla qualificazione del manufatto come pergolato piuttosto che come pergotenda, soprattutto alla luce delle integrazioni fornite dal tecnico incaricato dalla ricorrente, nonché contraddittorietà con l’autorizzazione paesaggistica rilasciata all’interessato, prot. [omissis], in cui l’intervento sarebbe stato invece ritenuto conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici e alle norme del Regolamento edilizio comunale;
- sotto il profilo della compatibilità urbanistica dell’intervento, illegittimo sarebbe il richiamo, nel provvedimento di diffida, alla disciplina di zona di cui all’art. 6.3 delle NTA del Piano particolareggiato di Palombina, approvato dal Consiglio comunale con delibera n. 153 del 22 dicembre 2004, dal momento che quest’ultimo è decaduto. Venuta, infatti, meno la pianificazione attuativa (non essendo stato neppure approvato il nuovo Piano adottato con delibera di Giunta municipale n. 244 del 2017), si dovrebbe far riferimento al PRG vigente per individuare i limiti della disciplina di uso del territorio e, in particolare, alla tavola 7R del medesimo PRG – aggiornata con delibera di Consiglio comunale n. 43 del 14 aprile 2011 – da cui sarebbe possibile evincere l’eliminazione di qualsivoglia riferimento alla zona di balneazione, quale limite per l’ubicazione delle attrezzature turistiche. Ciò tenuto conto del contrasto tra quanto stabilito dal PRG vigente, che non prevede più una “zona di balneazione”, e quanto disposto dall’art. 6.3 del Piano particolareggiato di Palombina, il che renderebbe inapplicabile il disposto dell’art. 17 della legge n. 1150 del 1942, circa l’ultrattività dei piani particolareggiati.

1.2. Si è costituita in giudizio, per resistere, l’intimata Amministrazione comunale.

1.3. Con ordinanza n. 77 del 9 maggio 2019 il Tribunale ha accordato le misure cautelari richieste dalla ricorrente.

1.4. Alla pubblica udienza del 16 ottobre 2019, sulla conclusione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato e va respinto per quanto di seguito si va ad esporre.

2.1. La pergotenda è una struttura destinata a rendere meglio vivibili gli spazi esterni delle unità abitative (terrazzi o giardini) ed è volta a soddisfare esigenze non precarie; non si connota, pertanto, per la temporaneità della sua utilizzazione, ma costituisce un elemento di migliore fruizione dello spazio esterno, stabile e duraturo (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2017, n. 306 e 27 aprile 2016, n. 1619).

Essa “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, 11 aprile 2014, n. 1777).

In particolare, la giurisprudenza amministrativa, “con riferimento a strutture tipo “gazebo”, ne ha ritenuto l’inquadramento nel regime pertinenziale e di manutenzione straordinaria solo con riferimento a manufatti di modeste dimensioni e consistenza, aventi funzioni di riparo dagli agenti

atmosferici, costituenti semplici arredi, mentre ha escluso i manufatti che, per le apprezzabili dimensioni strutturali, per l'impatto visivo, il non trascurabile "carico urbanistico", la loro conformazione e destinazione all'attività imprenditoriale, la rilevante alterazione della sagoma esterna dell'immobile, implicano una incidenza significativa sull'assetto urbanistico ed una consistente trasformazione del tessuto edilizio" (Cons Stato, sez. IV, 1° luglio 2019, n. 4472).

Per configurare una pergotenda, in quanto tale non necessitante di titolo abilitativo, pur non essendo destinata a soddisfare esigenze precarie, occorre che l'opera principale sia costituita non dalla struttura in sé, ma dalla tenda, quale elemento di protezione dal sole o dagli agenti atmosferici, mentre la struttura deve qualificarsi in termini di mero elemento accessorio, necessario al sostegno e all'estensione della tenda; non è invece configurabile una pergotenda se la struttura principale è solida e permanente e, soprattutto, tale da determinare una evidente variazione di sagoma e di prospetto dell'edificio (Cons. Stato, sez. IV, 1° luglio 2019, n. 4472; Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2018, n. 5737).

Va altresì esclusa la connotazione di pergotenda quando la copertura e/o la chiusura perimetrale presentino elementi di fissità, stabilità e permanenza, anche per una limitata porzione; in tal caso, pur non potendosi parlare di organismo edilizio connotantesi per la creazione di nuovo volume o superficie, il titolo edilizio deve ritenersi comunque necessario (TAR Lombardia Brescia, sez. II, 2 luglio 2018, n. 646).

2.2. Ciò premesso in termini generali, nella fattispecie, ad avviso del Collegio, l'opera realizzata, come si evince già dalla documentazione fotografica agli atti, non rientra propriamente nella nozione di pergotenda (pur essendo la stessa caratterizzata dalla presenza di tende retrattili in materiale PVC); essa, infatti, ha una consistenza (per dimensioni e per struttura) ben più rilevante di una mera tenda, incidendo sul prospetto e sulla sagoma dell'edificio cui è agganciata, risulta ancorata stabilmente al suolo e, nella parte più alta, addirittura integrata all'adiacente locale (di conseguenza non qualificabile come di facile rimovibilità), è destinata ad uso di somministrazione di alimenti e bevande dell'attività commerciale esercitata nel medesimo locale (attività della quale, come correttamente evidenziato dal Comune nell'atto impugnato, costituisce un ampliamento) e non, quindi, a semplice ornamento o riparo dagli agenti atmosferici.

Peraltro, essa presenta degli elementi di fissità nelle tamponature laterali della parte superiore (come si può verificare dalle fotografie che ritraggono la struttura con le tende aperte) e non è del tutto separata o facilmente separabile dall'edificio cui accede.

Tali caratteristiche escludono che possa parlarsi di un manufatto rientrante tra quelli realizzabili in regime di edilizia libera.

2.3. Quanto alla motivazione dell'atto gravato, si osserva che il medesimo è sufficientemente motivato con la qualificazione abusiva dell'intervento edilizio, con la descrizione del manufatto e con l'indicazione della disciplina edilizia e urbanistica che si assume violata; irrilevante, peraltro, è l'utilizzo della definizione di "pergolato" da parte del Comune, dal momento che la categoria edilizia è comunque ben individuabile anche mediante il rinvio implicito agli atti del procedimento.

2.4. Sotto il profilo dell'istruttoria, poi, nessun ulteriore accertamento è richiesto qualora sia stata verificata la consistenza dell'opera edilizia realizzata in assenza del titolo abilitativo e la stessa sia stata esattamente individuata, come nel caso concreto.

3. Ad ogni modo, anche a voler ritenere che il manufatto in questione abbia caratteristiche tipologiche e funzionali tali da non necessitare di titolo abilitativo, la diffida a demolire si rivela ugualmente legittima perché fondata su un ulteriore (non erroneo) presupposto, ovvero il fatto che l'intervento ricade, in parte, nella cosiddetta "zona di balneazione" di cui al Piano particolareggiato di Palombina, dove, ai sensi dell'art. 6.3 del medesimo PPE, non è consentita l'ubicazione di manufatti quale quello per cui è causa.

3.1. La giurisprudenza del Consiglio di Stato, in tema di ultrattività dei piani attuativi dopo la scadenza, si è soffermata sul significato del principio generale contenuto nell'art. 17, primo comma, della legge n. 1150 del 1942, a mente del quale, "*decorso il termine stabilito per l'esecuzione del piano particolareggiato, questo diventa inefficace per la parte in cui non abbia avuto attuazione,*

rimanendo soltanto fermo a tempo indeterminato l'obbligo di osservare, nella costruzione di nuovi edifici e nella modificazione di quelli esistenti, gli allineamenti e le prescrizioni di zona stabiliti dal piano stesso”.

In particolare, per quel che qui interessa, la norma va intesa nel senso che “*col decorso del termine (di dieci anni, per il piano di lottizzazione), diventano inefficaci unicamente le previsioni del piano attuativo che non abbiano avuto concreta attuazione, nel senso che non è più consentita la sua ulteriore esecuzione, salva la possibilità di ulteriori costruzioni coerenti con le vigenti previsioni del piano regolatore generale e con le prescrizioni del piano attuativo (anche sugli allineamenti), che per questa parte ha efficacia ultrattiva. In altri termini, l'art. 17 della legge n. 1150 del 1942 si ispira al principio secondo cui, mentre le previsioni del piano regolatore rientrano in una prospettiva dinamica della utilizzazione dei suoli (e determinano ciò che è consentito e ciò che è vietato nel territorio comunale sotto il profilo urbanistico ed edilizio, con la devoluzione al piano attuativo delle determinazioni sulle specifiche conformazioni delle proprietà), le previsioni dello strumento attuativo hanno carattere di tendenziale stabilità (perché specificano in dettaglio le consentite modifiche del territorio, in una prospettiva in cui l'attuazione del piano esecutivo esaurisce la fase della pianificazione, determina l'assetto definitivo della parte del territorio in considerazione e inserisce gli edifici in un contesto compiutamente definito). In considerazione della stabilità delle previsioni del piano attuativo, va affermato dunque il principio per il quale le prescrizioni urbanistiche di un piano attuativo rilevano a tempo indeterminato, anche dopo la sua scadenza.... L'imposizione del termine suddetto, infatti, va inteso nel senso che le attività dirette alla realizzazione dello strumento urbanistico, sia convenzionale che autoritativo, non possono essere attuate ai sensi di legge oltre un certo termine, scaduto il quale l'autorità competente riacquista il potere-dovere di dare un nuovo assetto urbanistico alle parti non realizzate, anche, in ipotesi, con una nuova convenzione di lottizzazione. Con la conseguenza che, se, e fino a quando, tale potere non viene esercitato, l'assetto urbanistico dell'area rimane definito nei termini di cui alla convenzione di lottizzazione” o degli altri strumenti attuativi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2768, richiamata da Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2019, n. 563).*

3.2. Nel caso in esame, peraltro, l'ultrattività del PPE nei sensi innanzi indicati è confermata dalle stesse norme tecniche di attuazione del PRG del Comune di Ancona, che, all'art. 3, disciplinano il regime di validità delle prescrizioni dei piani attuativi, anche mediante il richiamo alla legge urbanistica n. 1150 del 1942.

3.3. Ne consegue, che il Comune ha correttamente fatto riferimento all'art. 6.3 del Piano particolareggiato di Palombina quanto alla disciplina di zona applicabile nella fattispecie, in quanto esso è destinato a valere a tempo indeterminato, anche dopo la sua scadenza, fino all'approvazione del nuovo Piano (allo stato, non intervenuta).

3.4. Né l'assetto definito dal PPE può dirsi superato dalla sopravvenuta modifica al PRG (vigente *ratione temporis*), atteso che il mancato riferimento, nella tavola 7R del medesimo PRG, alla cosiddetta “zona di balneazione”, non implica che la stessa sia stata eliminata, essendo, invece, necessario che le disposizioni contenute nei due Piani vengano lette, ove non in contrasto tra loro, in maniera integrata.

5. Conseguentemente, non essendo i locali in questione, per tutto quanto innanzi esposto, conformi alle norme edilizie e urbanistiche, anche l'attività di somministrazione di alimenti e bevande è in essi illegittimamente esercitata, per cui infondate sono, altresì, le censure che riguardano l'inibizione delle predette attività all'interno dei medesimi locali.

6. Per le superiori assorbenti considerazioni, il ricorso è infondato e va respinto.

7. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento, nei confronti del Comune di Ancona, delle spese processuali, che si liquidano in complessivi € 1000,00 (mille/00), oltre spese generali, IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Simona De Mattia

IL PRESIDENTE

Sergio Conti

IL SEGRETARIO