

N. 00181/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01891/2017 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1891 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Lo Presti, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, corso Italia n. 213;

***contro***

Comune di Lipari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Milena Sindoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Lipari, Piazza Mazzini 1;

***per l'annullamento***

A) per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO:

-dell'ordinanza -OMISSIS- del 5 settembre 2017, con la quale il Capo Area del 5° Servizio Illeciti e condono del 3° Settore Tecnico Urbanistico Sviluppo e Tutela

Territoriale del Comune di Lipari ha ordinato la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi dell'immobile di proprietà della ricorrente;

B) per quanto riguarda i MOTIVI AGGIUNTI presentati il 25 settembre 2019 :

-dell'ordinanza -OMISSIS- del 5 giugno 2019, con la quale il Capo Area del 5° Servizio Illeciti e condono del 3° Settore Tecnico Urbanistico Sviluppo e Tutela Territoriale del Comune di Lipari ha applicato la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31 comma 4 bis del DPR n. 380/2001 nella misura massima;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 23 ottobre 2023 la dott.ssa Giacinta Serlenga 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 in data 2.11.2017 e depositato il 9.11.2017, la signora -OMISSIS- ha impugnato l'ordinanza di demolizione -OMISSIS- del 5 settembre 2017, adottata dal Capo Area del 5° Servizio Illeciti e Condono del 3° Settore Tecnico Urbanistico Sviluppo e Tutela Territoriale del Comune di Lipari; e, con successivi motivi aggiunti notificati il 3.9.2019 e depositati il 25.09.2017, l'ordinanza -OMISSIS- del 5 giugno 2019 dello stesso dirigente con cui è stata applicata la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31 comma 4 bis del DPR n. 380/2001 nella

misura massima, deducendone l'illegittimità derivata ma altresì facendo valere profili di illegittimità autonoma.

Riferisce che:

-in data 7 agosto 2017, all'esito di un accertamento disposto presso la propria abitazione, gli incaricati del Comune riscontravano la presenza delle seguenti opere abusive: *-una struttura intelaiata, in metallo verniciato, dalla forma planimetrica quadrata, avente dimensioni di mt. 2,50\*3 15\*h2.15, fissata con bulloni filettati su un muretto esistente, che originariamente presumibilmente delimitava un'ainola; - nel cortile dell'immobile, due sedili (bisuoli) in muratura del tipo "eoliani" piastrellate, inoltre una colonnina in cemento dove è stata posta una doccetta;*

-le veniva quindi contestata *"la violazione della L.R. 167-2016 – DPR 380/2001 (ex art. 5 L.R. 37/85) per aver realizzato i sopradescritti interventi in assenza di permesso di costruire e senza parere della Soprintendenza, trovandosi l'edificio in area sottoposta vincolo paesaggistico (in contrasto dunque con il D.gls.ivo 42/2004)".*

1.1.- Con il ricorso introduttivo ha dedotto i seguenti motivi:

1)*Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della Legge 7 agosto 1990 n. 241 come successivamente modificata ed integrata: l'ingiunzione, benché atto vincolato, avrebbe dovuto essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento poiché gli illeciti contestati sarebbero di una tale esiguità che la ricorrente avrebbe potuto fornire tutto i chiarimenti necessari a evitare l'ordine di demolizione;*

2)*Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 37 del DPR n. 380/2001 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L.r. n. 16/2016 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del DPR n. 31/2017 - Eccesso di potere per carenza dei presupposti e travisamento dei fatti: l'atto impugnato sarebbe comunque illegittimo per travisamento dei fatti e violazione di legge giacché, pur ammettendo nelle premesse del provvedimento che le opere*

realizzate potessero essere considerate come opere non soggette a permesso di costruire, il Comune avrebbe poi applicato l'art. 31 del DPR n. 380/2001, che invece sanziona gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale difformità. L'Amministrazione avrebbe riconosciuto che la struttura sanzionata avesse le caratteristiche di amovibilità riferibili al regime dell'ormai abrogato art. 5 della L.R. n. 37/85 e invece di applicare –come dovuto– la sanzione pecuniaria prevista dal vigente art. 37 DPR n. 380/2001, avrebbe applicato la sanzione della demolizione edilizia e della riduzione in pristino, prevista dall'art. 31 del medesimo decreto.

Stante le caratteristiche del manufatto, identificabile con una mera pergotenda, l'Amministrazione avrebbe dovuto attenersi all'art. 3 della L.R. n. 16/2016, a mente del quale potrebbero essere eseguiti senza alcun titolo abilitativo: << ...  
r) *l'installazione di pergolati e pergotende a copertura di superfici esterne a servizio di immobili regolarmente assentiti o regolarizzati sulla base di titolo abilitativo in sanatoria ... >>. Dal momento che la medesima ordinanza impugnata definirebbe l'intervento non come opera fissa, ma come struttura rimuovibile fissata con bulloni filettati su un muretto esistente, l'Amministrazione sarebbe incorsa in un'evidente contraddizione. Proprio in materia di "pergotenda", la giurisprudenza sarebbe ferma nel rilevare che "...è una struttura realizzata con teli amovibili appoggiata su un preesistente manufatto ed è destinata a rendere meglio vivibili gli spazi esterni delle unità abitative (terrazzi o giardini), al fine di soddisfare, quindi, esigenze non precarie. Ciò nonostante, le pergotende, tenuto conto della loro consistenza, delle caratteristiche costruttive e della loro funzione, non costituiscono un'opera edilizia soggetta al previo rilascio del titolo abilitativo".*

Sarebbe errato anche il secondo profilo della impugnata ordinanza in ragione del fatto che, per nessuna delle opere realizzate, avrebbe dovuto essere richiesto il preventivo parere della Soprintendenza.

Ai sensi dell'art. 2 del recente DPR n. 31/2017, infatti << ... non sono soggetti ad autorizzazione paesaggistica gli interventi e le opere di cui all'Allegato «A» nonché quelli di cui all'articolo 4 ... >>; e, secondo le disposizioni dell'allegato "A" della citata disposizione non sarebbero soggette ad alcuna autorizzazione le "opere di manutenzione e adeguamento degli spazi esterni, pubblici o privati, relative a manufatti esistenti, quali marciapiedi, banchine stradali, aiuole, componenti di arredo urbano, purché eseguite nel rispetto delle caratteristiche morfo-tipologiche, dei materiali e delle finiture preesistenti, e dei caratteri tipici del contesto locale ... >> ed anche << ... la installazione di tende parasole su terrazze, prospetti o in spazi pertinenziali ad uso privato ... >>.

Nel caso in esame, peraltro le opere sarebbero state realizzate nel rispetto delle caratteristiche tipologiche della zona e sarebbero coerenti con i caratteri tipici del contesto locale, sicché neanche sotto tale aspetto il manufatto realizzato dalla ricorrente è contestabile;

3) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 L. 8/7/1990 n. 241 e 3 L.r. 30/4/1991 n. 10 e successive modifiche ed integrazioni - Difetto di istruttoria e di motivazione:* il provvedimento sarebbe illegittimo anche sotto il profilo della carenza assoluta di motivazione. L'Amministrazione, si sarebbe infatti limitata a riscontrare l'avvenuta esecuzione abusiva dell'opera, senza alcun chiarimento ovvero precisazione sulla necessità di intimare la demolizione dell'opera. Una congrua motivazione sarebbe valsa a chiarire i presupposti di fatto e di diritto che avrebbero determinato il Comune di Lipari all'irrogazione dell'ordinanza di riduzione in pristino e non all'applicazione di una differente sanzione.

1.2.- Si costituiva in giudizio il Comune di Lipari, con memoria dell'11.02.2018, rilevando che gli illeciti riscontrati sarebbero consistiti -diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente- nella realizzazione di una struttura intelaiata in metallo, fissata in maniera permanente al suolo; nonché in opere murarie (i sedili in muratura di tipo eoliano); per nessuno degli abusi accertati sarebbe stato dunque possibile parlare di struttura precaria.

1.3.- Con il su menzionato ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha poi impugnato l'applicazione della sanzione pecuniaria nella misura massima, deducendo –oltre all'illegittimità derivata dall'illegittimità degli atti impugnati con il ricorso introduttivo- in via autonoma e principale anche la “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 comma 4 bis del DPR n. 380/2001 – Eccesso di potere per illogicità manifesta*”: l'art. 31 del DPR n. 380/2001 imporrebbe all'Amministrazione di applicare oltre la sanzione della demolizione e della riduzione in pristino degli abusi accertati anche una sanzione pecuniaria, che tuttavia, dovrebbe essere graduata in relazione all'abuso perpetrato. Ignorando tale chiara interpretazione il Comune di Lipari avrebbe applicato la sanzione nella misura massima, nonostante l'abuso contestato sarebbe consistito soltanto nell'installazione di una c.d. “pergotenda” per ripararsi dal sole e di due piccole sedute rivestite in stile “eoliano”. La mancata graduazione della misura della sanzione pecuniaria applicata dimostrerebbe l'assoluta illegittimità del provvedimento impugnato, adottato senza alcun criterio logico e senza fare alcun riferimento all'abuso contestato.

1.4.- Il Comune di Lipari ha depositato quindi una memoria per resistere al ricorso per motivi aggiunti, deducendone l'infondatezza e osservando che la sanzione pecuniaria sarebbe stata emessa in conformità a quanto previsto dall'art. 31, comma 4, del DPR 380/01, in quanto provvedimento consequenziale all'inottemperanza

alla ordinanza di demolizione. Ne ha rilevato la natura di atto dovuto una volta constatata la inottemperanza alla ordinanza di demolizione, sicché lo stesso non necessiterebbe di essere ulteriormente motivato quanto alle ragioni di pubblico interesse poste a sua giustificazione. In ordine alla quantificazione della sanzione ha altresì osservato che la presenza dei vincoli paesaggistici e ambientali priverebbe l'amministrazione comunale del potere discrezionale di valutare l'importo della sanzione da irrogare, la quale andrebbe disposta sempre nella misura massima, tanto che il citato comma 4-bis, così dispone: *“la mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente”*. Alla stregua di quanto rilevato, ha concluso affermando che la sanzione pecuniaria in esame nelle aree vincolate costituirebbe *“un atto vincolato anche con riferimento al suo ammontare che deve essere irrogato nella misura massima”* (citando T.a.r. Toscana, sez. III, 4/1/2019, n. 6).

1.5.- In data 8.09.2023 la ricorrente ha depositato in giudizio la sentenza n. 6761 del 2023 del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, sezione penale, con la quale è stata pronunciata l'assoluzione dagli addebiti alla stessa contestati in ragione dell'asserita appartenenza degli stessi a *“edilizia libera”*.

In data 28.09.2023 la ricorrente stessa ha depositato una nuova memoria riepilogativa insistendo per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza straordinaria del 23 ottobre 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

2.-Il ricorso è fondato nei termini che seguono.

2.1.- Ai sensi dell'art. 3, comma 1°, lettera l, della legge regionale n. 16 del 2016, con la quale è stato recepito in Sicilia il DPR 380/01, *“rientra fra le c.d. attività libere l'installazione di pergolati, pergotende ovvero gazebi costituiti da elementi assemblati tra loro di*

*facile rimozione a servizio di immobili regolarmente assentiti o regolarizzati sulla base di titolo abilitativo in sanatoria”.*

Secondo pacifica giurisprudenza, la distinzione tra pergotenda e tenda retrattile è evincibile nel fatto che la prima, rispetto alla seconda, ha una serie di profili rigidi (nella prassi c.d. “frangitratta”), distanziati loro di circa 50-100 centimetri, aventi la specifica funzione di dare alla copertura maggior resistenza strutturale alla formazione di sacche d'acqua o al carico nevoso accidentale, tanto da consentirne l'utilizzo a copertura di superfici notevolmente più ampie. La pergotenda è, dunque, la struttura di supporto alla tenda e non costituisce un'opera autonoma e principale rispetto alla tenda stessa, perché inidonea ad offrire in sé un'autonoma utilità, al di là del mero sostegno perimetrale alla tenda retrattile e relativi teli laterali.

Ebbene, come evincibile dalle fotografie depositate dal Comune, nella fattispecie in esame si osserva una struttura sottile in ferro, ancorata al suolo con delle viti, destinata a sorreggere la tenda di copertura; sicché non possono condividersi le determinazioni del Comune espresse prima nell'ordine di demolizione impugnato e poi nelle memorie difensive, secondo le quali si tratterebbe di un'opera implicante una trasformazione urbanistica, non qualificabile come “pergotenda” in ragione delle bullonature che ne assicurano l'ancoraggio al suolo.

Invero il concetto di facile amovibilità (che concerne strutture che possono essere smontate e reinstallate in qualunque momento senza essere distrutte) è distinto e non incompatibile con quello di “stabile ancoraggio al suolo”: ossia l'opera può essere facilmente rimossa quand'anche stabilmente ancorata al suolo, dipendendo la prima condizione (amovibilità) dal sistema di installazione impiegato (ad esempio tramite viti o bulloni) e dal materiale dell'opera (certamente inamovibile invero sarebbe una costruzione in muratura per definizione costituente un tutt'uno con il

suolo); non già dal fatto in sé della fissazione al suolo, meramente volto a evitare l'esposizione alle folate di vento o a qualunque altro agente che possa determinarne la rimozione involontaria.

Come descritto dalla norma sopracitata e precisato dalla giurisprudenza, la pergotenda si caratterizza per l'assemblaggio realizzato con materiali e tecniche di facile rimozione, nonché per l'esclusivo suo asservimento a sostegno di una tenda di copertura.

Sotto questo profilo, dunque, l'ordine di demolizione si appalesa effettivamente illegittimo.

2.2.- Ma l'ingiunzione di demolizione impugnata in uno all'ordinanza (atto derivato) gravata con il ricorso per motivi aggiunti, si rivelano illegittime anche con riguardo alla contestazione dell'omessa preventiva acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica.

Invero il punto 19 dell'allegato A) al D.P.R. 31/2017, esclude dall'autorizzazione paesaggistica alcuni interventi in aree vincolate (tra i quali sono compresi i "pergolati") qualora, però, i suddetti interventi siano "*...semplicemente ancorati al suolo senza opere di fondazione o opere murarie...*"; condizione questa ricorrente nel caso in questione.

2.3.- In estrema sintesi, va disposto l'annullamento dell'ordine di demolizione e dell'ordinanza -OMISSIS- del 5 giugno 2019 impugnata con il ricorso per motivi aggiunti in quanto la realizzazione di una pergotenda non comporta la violazione degli artt. 6, 27 e 34 del d.P.R. n. 380/2001, non integrando un intervento di nuova costruzione in assenza di permesso di costruire, bensì consistendo in una delle opere realizzabili in regime di edilizia libera ai sensi dell'art. 3, co. 1, L.R. Sicilia n. 16 del 2016.

2.4.- Quanto poi ai sedili in muratura, anche in questo caso l'ordine di demolizione si rivela sovrabbondante, potendo agli stessi al più essere applicata la sanzione pecuniaria di cui all'art. 37 del DPR 380/01, come correttamente osservato dal ricorrente.

Il rilievo coglie nel segno in ragione del fatto che per la realizzazione delle suddette opere sarebbe stata necessaria un'autorizzazione edilizia ex art. 5 della L.R. 37/85 (considerata anche la natura pertinenziale delle medesime) e non già un permesso di costruire.

Si veda da ultimo sul punto T.A.R. Perugia, Sez. I, 02/11/2023, n.604: *“In materia di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia gli artt. 31 e ss., d.P.R. n. 380 del 2001 distinguono, ai fini della individuazione del regime sanzionatorio, tra interventi abusivi che comportano una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e interventi di modesto impatto, che non possiedono tale caratteristica, giacché per gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali la demolizione è l'unica sanzione applicabile, quale strumento per garantire l'equilibrio urbanistico violato, mentre solo per gli abusi meno gravi rientranti nell'ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo l'art. 34, d.P.R. n. 380/2001 prevede, in ragione del minor pregiudizio causato all'interesse urbanistico, la possibilità di applicare la sanzione pecuniaria in sostituzione a quella demolitoria”* (cfr. in termini T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 15 febbraio 2018 n. 1041; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 20 marzo 2017 n. 135).

Di conseguenza, va annullata l'impugnata ordinanza di demolizione anche nella parte in cui è riferita ai sedili in muratura, perché –si ribadisce- rientranti nel campo d'applicazione dell'art. 37, comma 1, del D.P.R. n. 380/2001 (*“La realizzazione di interventi edilizi di cui all'articolo 22, commi 1 e 2, in assenza della o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività comporta la sanzione pecuniaria pari al doppio*

*dell'aumento del valore venale dell'immobile conseguente alla realizzazione degli interventi stessi e comunque in misura non inferiore a 516 euro*”), trattandosi di opere realizzabili mediante C.I.L.A. e, pertanto, soggette a mera sanzione pecuniaria ex art. 6 *bis*, comma 5, D.P.R. n. 380/2001 (cfr. sul punto T.A.R. Palermo, Sez. II, 12/06/2023, n.1932).

Per le medesime ragioni va accolto il ricorso per motivi aggiunti e disposto l'annullamento dell'ordinanza ivi impugnata in quanto affetta da illegittimità derivata, essendo dipesa la sua adozione dalla riscontrata inottemperanza all'ingiunzione di demolizione rivelatasi, tuttavia, illegittima.

3.- In conclusione il gravame va accolto e, per l'effetto, annullati gli atti impugnati, in epigrafe meglio specificati. In ragione delle concrete caratteristiche della controversia, il Collegio dispone la compensazione tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione. Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Balloriani, Presidente

Giacinta Serlenga, Consigliere, Estensore

Francesco Elefante, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giacinta Serlenga**

**IL PRESIDENTE**  
**Massimiliano Balloriani**

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI