

Pubblicato il 14/09/2023

N. 08334/2023REG.PROV.COLL.

N. 05456/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5456 del 2019, proposto da
OMISSIS, OMISSIS;

contro

Comune di Monte San Pietro, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Delucca, Alessandro Marelli, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna
(Sezione Seconda) n. 00435/2019, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Monte San Pietro;

Visti tutti gli atti della causa;

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

FATTO

1. Con atto notificato in data 12 giugno 2019 e depositato il successivo 24 giugno OMISSIS e OMISSIS hanno interposto appello avverso la sentenza del Tar Emilia Romagna, sezione seconda, 17 maggio 2019, n. 435, con cui si è rigettato il ricorso dagli stessi proposto - in qualità di proprietari del complesso immobiliare sito nel comune di Monte San Pietro (BO) in Via OMISSIS, censito al Catasto dei Fabbricati del Comune di Monte San Pietro al Foglio OMISSIS – per l'annullamento del provvedimento Prot. N. OMISSIS del 14/06/2018 del Comune di Monte San Pietro – Settore V – Gestione del Territorio – Sportello Unico dell'Edilizia del 13/06/2018 avente ad oggetto “*segnalazione certificata di inizio attività in sanatoria Prot. n. OMISSIS del 8/02/2018 – variante alla scia prot. OMISSIS del 20/04/2015 per lavori già eseguiti in edificio classificato r.4 dal RUE e autorimessa ai sensi della l. 122/89 – via OMISSIS – secondo ordine conformativo*” nella parte in cui, definendo in termini di “*pergolato*” il manufatto realizzato sul terrazzo e non di “*pergotenda*”, ordinava l'immediata sospensione dei lavori, in applicazione del RUE vigente, che all'art.5.3.9 prevede la realizzazione di pergolati e gazebi aventi superficie massima di 25 mq per unità immobiliare, a fronte della superficie di oltre 50 mq della struttura in esame.

2. Con il ricorso di primo grado gli odierni appellanti formulavano le seguenti censure avverso il provvedimento gravato:

1) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e del d.m. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 2 marzo 2018. Eccesso di potere per illogicità ed erronei presupposti di fatto. Eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Con il primo motivo di gravame, i ricorrenti sostenevano che l'opera realizzata sul lastrico solare era una pergotenda e non un pergolato, come erroneamente sostenuto dall'amministrazione comunale. Pertanto, ai sensi dell'art.6 (Attività edilizia libera) del D.P.R. 06/06/2001, n. 380, la sua realizzazione risulterebbe assoggettata

all'attività liberamente esercitabile in edilizia, non costituendo un'opera edilizia soggetta al previo rilascio di titolo abilitativo. Ciò in ragione della sua inidoneità a modificare la destinazione d'uso degli spazi interni interessati, della sua facile e completa rimovibilità, dell'assenza di tamponature verticali e della facile rimovibilità della copertura orizzontale: l'intelaiatura metallica, infatti, non andrebbe considerata come elemento fine a sé stesso, ma come elemento costitutivo della tenda.

Inoltre evidenziavano che al punto 50 dell'allegato al D.M. 2 marzo 2018 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, fra l'elenco delle principali attività realizzate in edilizia libera, vengono indicate espressamente le attività di installazione, di riparazione di sostituzione o di rinnovamento dei seguenti elementi di arredo esterno: “*tenda, tenda a pergola, pergotenda, copertura leggera di arredo*”.

2) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. 241/1990. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto istruttorio e difetto di motivazione.

Con tale motivo i ricorrenti contestavano il difetto di motivazione del provvedimento comunale impugnato.

In particolare lamentavano come, a fronte di un primo diniego dell'amministrazione, avevano presentato una relazione tecnica volta ad evidenziare le diversità tra pergotenda e pergolato. In seguito alla stessa, tuttavia, l'amministrazione non aveva instaurato alcun contraddittorio, perseverando immotivatamente nelle sue ragioni.

3. Il giudice di *prime cure* rigettava le doglianze attoree, prescindendo dalla annoverabilità o meno della struttura *de qua* tra le ipotesi di pergolato o pergotenda ai fini dell'individuazione del titolo legittimante l'installazione, osservando che nel caso in esame la copertura dei ricorrenti avrebbe una superficie di oltre mq 50 e risulterebbe, quindi, superiore ai limiti massimi stabiliti dal RUE all'art. 5.3.9, norma questa avente portata generale e non applicabile solo per i pergolati, come

evincibile dalla definizione in essa contenuta circa la tipologia di strutture che intende disciplinare.

4. Avverso tale pronuncia i sig.ri OMISSIS e OMISSIS hanno proposto ricorso in appello, articolando un unico motivo di ricorso.

Con tale doglianza contestano la ricostruzione e interpretazione dell'art.5.3.9. del RUE fornita dal Tar, ribadendo che l'opera da loro realizzata sul lastrico solare sia una pergotenda - ai sensi dell'art.6 (Attività edilizia libera) del D.P.R. 06/06/2001, n. 380- e non un pergolato, per cui la sua realizzazione risulterebbe assoggettata all'attività liberamente esercitabile in edilizia.

Ad ulteriore dimostrazione di quanto sostenuto, contestano la statuizione del giudice di *prime cure* secondo cui la norma di cui al 5.3.9 del RUE si applicherebbe anche alla controversia in oggetto, poiché di "*portata generale*": la norma, infatti, non sarebbe invero applicabile alla fattispecie *de qua* poiché in contrasto con le disposizioni di cui al DM 7/04/2018, che espressamente indica come opere di attività edilizia libera "*tenda, tenda a pergola, pergotenda, copertura leggera di arredo*".

5. Si è costituito il Comune appellato, riproponendo ex art. 101 c.p.a. le eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso di *prime cure*, assorbite dal Tar nella pronuncia di rigetto ed instando in ogni caso per il rigetto dell'appello.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza straordinaria del 5 luglio 2023, come da verbale di udienza.

DIRITTO

7. In *limine litis* va osservato come possa prescindersi dalle eccezioni preliminari di rito riproposte dal Comune nel presente grado di appello, ex art. 101 comma 2 c.p.a., in ragione dell'infondatezza del gravame, dovendosi privilegiare la ragione più liquida, in virtù della quale è possibile invertire l'ordine logico-giuridico delle questioni dedotte in giudizio nel caso in cui ricorra un profilo di chiara ed immediata evidenza decisoria, sì da assorbire l'interesse dell'intero giudizio. Il principio *de quo*,

infatti, è desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., sicché il giudizio può essere deciso sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, attese le esigenze di economia processuale e di celerità dei giudizi.

8. Ed invero la censura formulata dalla parte è inidonea a sconfessare l'iter argomentativo posto alla base del *decisum* di *prime cure*, fondato sull'irrilevanza della qualificazione della struttura *de qua agitur* come pergolato ovvero pergotenda, posto che la stessa, in quanto contrastante con il RUE non può rientrare nell'attività edilizia libera.

8.1. L'assunto del primo giudice è del tutto condivisibile, non essendo in discussione che l'installazione di una pergotenda sia astrattamente inquadrabile tra l'attività di edilizia libera (peraltro anche il pergolato di limitate dimensioni e non infisso al suolo rientra tra gli interventi di edilizia libera secondo il D.M. 7/04/2018), ma dovendosi avere riguardo alla circostanza se la struttura medesima sia conforme alla disciplina dell'edilizia libera imposta dal RUE, laddove nell'ipotesi di specie la stessa, avente una superficie di oltre 50 mq. si pone in contrasto con l'art. 5.3.9. del medesimo Regolamento, che prevede “*Possono essere realizzati pergolati o ‘gazebo’, esclusivamente costituiti da struttura leggera, in legno o metallo, assemblata in modo da costituire un elemento rimovibile previo smontaggio e non per demolizione (sono vietati materiali deteriorati o comunque di recupero fatiscenti); tali manufatti devono rispettare le seguenti caratteristiche:*

– *h. max esterna = ml. 3.00;*

– *superficie occupata max = mq. 25 per unità immobiliare...”.*

Da ciò la non annoverabilità di tale intervento fra quelli di edilizia libera, posto che la norma *de qua*, come correttamente evidenziato dal primo giudice, deve intendersi applicabile anche alle pergotende, come evincibile dalla descrizione delle caratteristiche in essa indicate del manufatto, ai fini della sua annoverabilità fra gli interventi di edilizia libera.

8.2. Da ciò la correttezza del *decisum* di *prime cure* posto che per costante giurisprudenza “*la possibilità di procedere ad interventi ricadenti nell'ambito della c.d. “attività edilizia libera” non opera in modo incondizionato, ma resta pur sempre subordinata (in base al comma 1 dell'articolo 6 del d.P.R. 380, cit.) al rispetto delle prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali?”* (ex multis Consiglio di Stato sez. VI, 13/02/2023, n.1503; Cons. Stato, sez. VI, 27/07/2015, n. 3667, nello stesso senso la giurisprudenza della Corte di Cassazione, sent. n. 19316/2011, secondo la quale la particolare disciplina dell'attività edilizia libera, contemplata dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 6, come modificato dalla l. n. 73 del 2010, art. 5, comma 2, non è applicabile agli interventi che, pur rientrando nelle categorie menzionate da tale disposizione, siano in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici).

8.2.1. In considerazione di tali rilievi non vi è il lamentato contrasto tra l'art. 5.3.9. RUE e il D.M. invocato da parte appellante, posto che il citato D.M. non può che essere interpretato in conformità della norma primaria di cui all'art. 6 comma 1 D.P.R. 380/2001, che non può di certo essere autonomamente derogata da una norma di rango regolamentare.

8.2.2. Pertanto la semplice invocazione della categoria astratta della pergotenda non è sufficiente ad affermare che l'opera sia legittima, stante la violazione dei limiti dimensionali previsti dalla norma regolamentare comunale, che è parte integrante degli strumenti urbanistici richiamati dall'art. 6 comma 1 D.P.R. 380/2001.

8.2.3. Dunque, come ritenuto dalla giurisprudenza, il fatto che la pergotenda sia – in astratto – un'opera di edilizia libera non è deduzione sufficiente ad escludere l'applicazione del RUE, posto che per costante giurisprudenza anche l'attività astrattamente configurabile come di edilizia libera deve rispettare i limiti imposti per essa dagli strumenti urbanistici (Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667; Cons. Stato Sez. IV, 13 novembre 2018, n. 6403, anche in ordine alla disciplina introdotta dal d.lgs. 222/2016).

8.3. Nella fattispecie *de qua* l'art. 5.3.9 RUE è norma integrativa dello strumento urbanistico che detta disposizioni che limitano la tipologia degli interventi ammessi in una determinata zona.

9. Ciò in disparte dalla considerazione che gli appellanti qualificano impropriamente il manufatto *de quo* come pergotenda, non solo contraddicendo la qualifica di pergolato riconosciuta nella relazione iniziale allegata alla SCIA, risultante dalla documentazione in atti, ove si indica “*installazione sul terrazzo/lastrico solare/copertura locali tecnici, di pergolato amovibile a sostegno di tende ombreggianti retrattili*”, ma soprattutto per assenza dei requisiti strutturali leggeri di tale tipologia di opera.

9.1. Secondo la giurisprudenza infatti la pergotenda è caratterizzata da strutture leggere, non infisse al suolo, amovibili e che non alterino la sagoma (Consiglio di Stato sez. VI, 27/09/2022, n. 8320; sez. I, n. 378/2023; sez. II, 28/01/2021, n. 840), laddove nella fattispecie *de qua*, come comprovato dalla produzione fotografica in atti, l'opera degli appellanti non soddisfa i requisiti individuati dalla giurisprudenza, proprio perché si tratta di imponente struttura metallica, ancorata stabilmente all'edificio e al parapetto (tale per cui non è amovibile, ma solo demolibile), che modifica consistentemente la sagoma e il prospetto,

10. L'appello va dunque rigettato.

11. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite nei confronti del Comune di Monte San Pietro, liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila), oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2023, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Sergio Zeuli, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO