

**Pubblicato il 07/11/2017**

**Sent. n. 2110/2017**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1373 del 2016, proposto da:

Viola Boros Stefano, rappresentato e difeso dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Galleria del Corso, 2

contro

Comune di Desio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Danilo Giovanni Daniel, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Viale Caldara, 43

per l'annullamento

del provvedimento emesso in data 11.5.2016 dal dirigente dell'area governo del territorio del Comune di Desio, con cui si è inibita la realizzazione di un pergolato all'interno del cortile dell'immobile sito alla Via Gabellini n. 20 (Osteria della Gabella), nonché di ogni atto preordinato e connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2017 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

Con ricorso ritualmente proposto il sig. Stefano Viola Boros ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento emesso in data 11.5.2016 dal dirigente dell'area governo del territorio del Comune di Desio, con cui si è inibita la realizzazione di un pergolato all'interno del cortile dell'immobile sito alla Via Gabellini n. 20 (Osteria della Gabella), oggetto di CIL presentata in data 26.4.2016.

In particolare, nella relazione tecnica allegata dal ricorrente alla citata comunicazione si è precisato:

a) che il manufatto sarebbe stato costituito *“da elementi in legno e dotato nella parte superiore di tenda retrattile, che avrà la funzione di ombreggiare soprattutto durante il periodo estivo e nelle ore centrali della giornata”*;

b) che si sarebbe trattato, quindi, di una *“struttura esterna aperta, addossata per un lato all'edificio esistente costituita da elementi leggeri in legno, imbullonati, di sezione esigua, con un sistema di ombreggiatura consistente in un telo scorrevole in PVC retrattile mediante automatismo elettrico, da considerarsi come elemento di arredo in area pertinenziale all'attività commerciale”*;

c) che la struttura in questione sarebbe stata *“installata su parete esterna all'edificio che si configura a tutti gli effetti come pergolato (pergotenda) che occupa in pianta una superficie di circa 37 mq, facilmente rimovibile senza opere demolitive, ma solo con un mero smontaggio, e che quindi rispetta quanto previsto dall'art. 79 del vigente regolamento edilizio comunale”*;

d) che il manufatto, *“per le sue caratteristiche tecniche, non comporta né aumento di volume né di superficie coperta, non costituisce creazione o modificazione dell'organismo edilizio, non ne altera il prospetto o la sagoma e non modifica la destinazione d'uso della porzione di cortile esterno interessato”*.

A fondamento del provvedimento inibitorio l'Amministrazione comunale ha opposto che *“l'area sulla quale vengono previste le opere è classificata nello strumento urbanistico vigente come “isolati a corte, edificazioni allineate ed edifici rurali isolati”, disciplinato dall'art. 26 delle norme di attuazione del piano delle regole del P.G.T.”*: una disciplina finalizzata a *“preservare lo spazio interno alla corte come spazio non edificato e non coperto”*, che non avrebbe ammesso neppure l'installazione di *“fioriere permanenti, muretti, etc”*, mentre la struttura oggetto del contendere avrebbe determinato una *“soluzione di continuità dello spazio libero ed è, perciò, non conforme alla richiamata disposizione”*.

Oltre a ciò, il manufatto non avrebbe perseguito *“finalità meramente ornamentali”* e non avrebbe evidenziato (per dimensioni e struttura) caratteri di irrilevanza sul piano dell'impatto edilizio sul territorio.

Il ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1°) violazione degli artt. 3 e 6 del DPR 380/2001 e dell'art. 27 della legge regionale 12/2005; eccesso di potere per travisamento e arbitrarietà.

Il ricorrente ha ribadito che *“nel caso si tratta di montare un tenda retraibile per ombreggiare una parte del cortile di pertinenza del ristorante; la struttura risulta facilmente amovibile e la tenda prontamente retraibile, non comporta nessuna chiusura laterale (...): si tratta, perciò, pacificamente, di struttura che non determina la creazione di alcun volume autonomo né comporta una modifica permanente dello stato dei luoghi”* (cfr. 3), e che l'intervento rientrerebbe nell'attività edilizia libera. Il Comune sarebbe, quindi, incorso in *“grave errore nell'aver ritenuto “de plano” che la pergotenda che il ricorrente intende installare, in quanto munita di struttura portante della configuri per ciò stesso una “nuova costruzione”, per di più senza considerare che la tenda è in materiale plastico e retrattile, privo di quelle caratteristiche di consistenza e di rilevanza che possano connotarlo in termini di componenti edilizie di copertura o di tamponatura di una costruzione”* (cfr. pag. 8).

2°) Violazione dell'art. 6 del DPR 380/2001 e dell'art. 26 delle NTA del piano delle regole del PGT. Il ricorrente ha, inoltre, evidenziato che, rientrando la pergotenda oggetto del contendere tra gli interventi non suscettibili dell'ottenimento di un previo titolo edilizio, non sarebbe ravvisabile la situazione di incompatibilità urbanistica rilevata dall'Amministrazione.

3°) Violazione dell'art. 26 delle NTA del piano delle regole del PGT; eccesso di potere per sviamento e irrazionalità manifesta.

Il ricorrente ha, infine, dedotto che la disciplina vincolistica delineata dal piano delle regole per la zona ove è stato previsto l'intervento oggetto di CIL non potrebbe condurre a ritenere *“persino impedita la posa degli ombrellini, di tende retraibili o di pergole”* (cfr. pag. 9), nel senso che la norma di cui al citato art. 26 *“non è diretta a tutelare e preservare le corti interne alle costruzioni storiche o di pregio architettonico, ma è dettata per tutti gli spazi aperti ed i cortili presenti sul territorio, così che essa risulterebbe a maggior ragione arbitraria ove la si volesse interpretare ed applicare nel senso prefigurato nell'atto gravato, che si risolve nell'impedire ai legittimi proprietari l'uso “normale” del bene cortile su tutto il territorio comunale, vietando persino di ombreggiarlo”* (cfr. pag. 10).

La Sezione, dopo aver rinviato – all'udienza in Camera di Consiglio dell'11.7.2016 – la trattazione della domanda cautelare (e ciò all'espresso fine di consentire al Comune di prendere posizione sulle puntuali deduzioni del ricorrente), con ordinanza n. 940 del 25.7.2016 ha accolto la domanda di sospensiva con la seguente motivazione: *“rilevato: - che sembra provato, dall'esame dei documenti*

*in atti, che la struttura oggetto del contendere sia del tutto aperta e, quindi, non determinerebbe la creazione di un volume edilizio, oltre al fatto che sarebbe utilizzata esclusivamente nel periodo estivo;*  
- *che l'Amministrazione comunale, pure a fronte dell'invito di cui all'ordinanza n. 887/2016, non ha preso posizione sui fatti contestati, né, quindi, si è opposta alle deduzioni del ricorrente”.*

Si è costituito in giudizio il Comune di Desio (22.3.2017).

In vista della discussione del ricorso nel merito, fissata per il 26 settembre 2017, le parti hanno depositato le rispettive memorie e repliche.

In particolare:

- nella memoria del 25.7.2017 il Comune di Desio ha reso noto che, nelle more, il sig. Viola Boros ha realizzato il pergolato, ma che, in esito a un sopralluogo dell'8.6.2017, il manufatto sarebbe caratterizzato dall'esecuzione di vetri e serramenti finalizzati a *“rendere il locale fruibile anche in inverno”* (cfr. pag. 4): dunque difformità evidenti rispetto alle opere oggetto della CIL presentata il 26.4.2016, risultando la struttura *“chiusa da muri su due lati, mentre gli altri due sono in parte delimitati da vetri fissi, presenti anche a livello della copertura, e, per la parte priva di pannelli fissi, sono suscettibili di totale chiusura tramite teli avvolgibili e trasparenti; la relativa superficie è interamente pavimentata”* (cfr. pag. 5); ha opposto, quindi, che si dovrebbe considerare, nella specie, la *“sostanza dell'intervento, vale a dire alla funzionalità oggettiva dello stesso, che non pare davvero assimilabile alla posa di un ombrellone o di una tenda in un cortile, nelle ore di soleggiamento estivo. L'assetto che si è venuto a creare mediante l'intervento in discussione rivela piuttosto la formazione di un ulteriore locale del ristorante. Il che porta fatalmente ad escludere la riconducibilità dell'intervento ad alcuna delle fattispecie inquadrate nell'edilizia libera, ex art. 6, 2° comma, del DPR 380/2001, e a configurarlo invece come nuova costruzione, ai sensi dell'art. 3, 1° comma, lett. e 5), del D.P.R. 380/2001”* (cfr. pag. 9);

- nella memoria del 26.7.2017 il ricorrente ha comunicato di aver presentato, in data 13.7.2017, un'integrazione dell'elaborato grafico relativo allo stato di progetto, preordinata a fare luce sulle discrepanze nelle misurazioni rilevate dai tecnici comunali nel corso del citato sopralluogo, ribadendo che non si sarebbe creato alcun volume autonomo e aggiuntivo;

- nelle memorie di replica, depositate entrambe in data 5.9.2017, le parti non hanno evidenziato elementi di novità rispetto alle argomentazioni sviluppate nei precedenti scritti, fatta eccezione per quanto eccepito dall'Amministrazione comunale riguardo alla mancanza di corrispondenza tra l'elaborato progettuale integrativo presentato dal ricorrente il 13.7.2017 e lo stato di fatto dei luoghi. All'udienza pubblica del 26 settembre 2017 la causa è stata riservata per la decisione.

Il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto, con le precisazioni che seguono.

Con i tre motivi di ricorso, tra loro legati da stretta affinità tematica e come tali suscettibili di una trattazione congiunta, il ricorrente ha dedotto che la struttura indicata nella CIL del 26.4.2016 sarebbe stata priva di chiusure laterali, per tale ragione non dando origine ad alcun volume e, dunque, ad alcuna modifica permanente dello stato dei luoghi (cfr. pag. 3), sicché la pergotenda sarebbe stata urbanisticamente compatibile con la disciplina comunale (in particolare, con l'art. 26 delle norme di attuazione del piano delle regole).

Tale censura è fondata se si prende, anzitutto, in esame lo specifico contenuto della relazione tecnica allegata alla CIL del ricorrente, ove espressamente si è preannunciata la realizzazione di una *“struttura esterna aperta, addossata per un lato all'edificio esistente costituita da elementi leggeri in legno, imbullonati, di sezione esigua, con un sistema di ombreggiatura consistente in un telo scorrevole in PVC retrattile mediante automatismo elettrico, da considerarsi come elemento di arredo in area pertinenziale all'attività commerciale”.*

Tale conformazione è congrua rispetto alle peculiari caratteristiche individuate dalla giurisprudenza, la quale ha osservato che *“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. Infatti, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 10 del DPR n. 380 del 2001, sono soggetti al rilascio del permesso di costruire gli “interventi di nuova costruzione”, che determinano una “trasformazione edilizia e urbanistica del territorio”, mentre una struttura leggera*

*(...) destinata ad ospitare tende retrattili in materiale plastico non integra tali caratteristiche”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2017, n. 306).

Pertanto, sulla base della relazione tecnica di cui più sopra si è detto il programmato intervento avrebbe, in effetti, dovuto assolvere ad una funzione servente ed accessoria rispetto all’immobile in cui ha sede l’osteria di proprietà del ricorrente, risolvendosi in una struttura di protezione dal sole e dagli agenti atmosferici e quindi ad una migliore fruizione dello spazio esterno dell’unità abitativa.

Una struttura, quindi, che sarebbe stata priva di un autonomo carico urbanistico, in linea con l’obiettivo di *“preservare lo spazio interno alla corte come spazio non edificato e non coperto”*, previsto dall’art. 26 delle norme di attuazione del piano delle regole.

Distinto profilo riguarda, invece, le sopravvenienze rilevate dall’Amministrazione comunale in esito al sopralluogo effettuato in data 8.6.2017, che attengono a difformità esecutive della struttura, relative alle dimensioni della stessa e all’accertata esistenza di *“pareti che possono essere chiuse con pannello trasparente avvolgibile”*, con la conseguenza di *“delimitare un locale utilizzabile come aperto nella bella stagione e completamente chiuso ed isolato nei mesi invernali, così da avere autonoma rilevanza edilizia, in quanto non configurabile, a differenza della pergotenda, in un semplice elemento di arredo esterno, e costituente invece incremento stabile della superficie di esercizio”*.

Si tratta, con tutta evidenza, di vicende successive e scollegate dalla questione oggetto del presente giudizio (ossia l’autorizzabilità, o meno, di una pergotenda secondo le puntuali previsioni contenute nella CIL del 26.4.2016), le quali saranno, se del caso, contestate nell’ambito di un diverso procedimento di vigilanza edilizia.

Nei termini esposti, il ricorso va accolto e l’impugnato provvedimento inibitorio dev’essere annullato. Si dispone l’integrale compensazione delle spese processuali alla luce dei contrasti giurisprudenziali nella materia controversa.

#### **P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2017 con l’intervento dei magistrati:

Stefano Celeste Cozzi, Presidente FF

Angelo Fanizza, Primo Referendario, Estensore

Floriana Venera Di Mauro, Referendario

L’ESTENSORE

Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE

Stefano Celeste Cozzi

IL SEGRETARIO