

EDILIZIA ED URBANISTICA: Attività edilizia libera - Struttura con chiusure laterali plastificate finalizzata a utilizzare l'area a fini di lucro - Pergotenda - Ammissibilità - Esclusione.

Cons. Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2022, n. 32

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 3, 2022, pag. 813 ss.

“[...] Riguardo alle “pergotende” il Collegio precisa trattarsi di manufatti accomunati da fatto che creano degli ambienti simili ai pergolati, con la differenza che l'ombreggiatura è determinata da una tenda orizzontale, o lievemente inclinata, sostenuta da bracci mobili che si protendono da un edificio oppure da una struttura fissa, composta di pilastri e da elementi orizzontali, comunque non adatta a portare carichi pesanti e tale da comportare un irrisorio impatto visivo: ciò premesso il Collegio ritiene condivisibile l'assunto del TAR secondo cui il manufatto realizzato dalla signora Belotti non può essere ricondotto a tale categoria, non fosse che per il fatto che la copertura è di materiale ligneo e che l'ambiente è stato dotato di tamponature perimetrali di chiusura e degli impianti elettrico e di climatizzazione, che sostanzialmente consentono di utilizzare l'area anche come locale chiuso. Del resto, se con il D.M. 2 marzo 2018 si fosse inteso allargare il concetto di edilizia libera a tutte le strutture “precarie” e “leggere”, a prescindere dalla loro effettiva somiglianza alle “pergotende”, sarebbe stata utilizzata una definizione assai più generica, che non si ritrova nel D.M. 2 marzo 2018, né nell'art. 6 del D.P.R. 380/2001 [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trescore Balneario;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Signora Alessandra Belotti è titolare di un'attività commerciale, la “Caffetteria Belsago”, sita in Comune di Trescore Balneario alla via Nazionale n. 90, su area censita al locale N.C.E.U. al mappale n. 37 sub 708.
2. L'esercizio fruisce di un'area esterna sulla quale la appellante ha realizzato, in base ad una SCIA presentata l'11 aprile 2018, una pedana della altezza di 10/15 cm, funzionale a livellare l'andamento del terreno in pendenza.
3. La signora Bellotti, dopo aver ultimato la realizzazione della pedana, vi ha installato una struttura con chiusure laterali plastificate elettricamente avvolgibili: ciò ha fatto senza presentare una SCIA, o

altro titolo edilizio, ritenendo trattarsi di attività edilizia libera, in particolare ritenendo che la struttura potesse essere annoverata tra le c.d. “pergotende”.

4. A seguito di sopralluogo dei tecnici comunali, eseguito il 2 luglio 2019, il Comune ha avviato il procedimento sanzionatorio, sul presupposto della realizzazione, in assenza di permesso di costruire, di un *“dehor, realizzato in aderenza al lato ovest del fabbricato, avente una superficie di circa 13 mq; tale manufatto è stato realizzato con struttura portante lignea di colore bianco, avente copertura lignea piana con altezza interna sotto travetto pari a 2,28 m e chiusa sui lati con teli plastificati trasparenti; la pavimentazione risulta sopraelevata rispetto al piano dei parcheggi di circa 25 cm...”*.

5. A seguito di un secondo sopralluogo, effettuato il 10 ottobre 2019, il tecnico accertatore ha ulteriormente rilevato che *“Considerato le caratteristiche e dimensioni degli elementi strutturali che compongono il manufatto (pilastri, travi, tetto), i materiali utilizzati ed il sistema costruttivo adottato, si ritiene che il manufatto non possa rientrare nelle opere di “attività edilizia libera” di cui al punto n. 50 del D.M. 2/03/2018. Non è possibile assimilare tale opera ad una tenda, tenda a pergola, pergotenda o copertura leggera di arredo, in quanto non si tratta di una struttura leggera né di una copertura a tenda. Si tratta di una struttura con caratteristiche portanti tali da farla ritenere una vera e propria costruzione per altro ancorata al suolo e all’edificio principale, dotata di elementi strutturali (pilastri in legno di dimensioni 12 x 16 cm, assito in legno, guaina bituminosa----) fissi, non retraibili, né facilmente amovibili e che certamente non hanno le caratteristiche di “leggerezza” tipiche di una pergotenda o di altro elemento qualificabile come attività edilizia libera di cui al citato D.M.”*.

5.1. Il tecnico accertatore ha precisato che il manufatto doveva essere qualificato, ai sensi dell’art. 4, punto 3, lett. o) delle N.T.A., quale “portico” in ampliamento all’edificio esistente, per la realizzazione del quale sarebbe stata necessaria la preventiva richiesta di un titolo edilizio, anche ai fini della verifica della conformità degli impianti elettrici e di climatizzazione ivi posati, della distanza dalle strade e della superficie lorda utile.

6. Di seguito a ciò il Comune ha adottato l’ordinanza n. 92 del 23 ottobre 2019, a mezzo della quale, richiamati i verbali di sopralluogo e ritenuto che la struttura integrasse una nuova costruzione, ancorata stabilmente al suolo ed all’edificio principale, con caratteristiche tali da non poter essere qualificata come intervento di edilizia libera, ne ha ingiunto la demolizione ai sensi dell’art. 31 D.P.R. 380/2001.

7. La signora Belotti ha impugnato, avanti al TAR di Brescia, sia l’ingiunzione di demolizione, sia i presupposti verbali di sopralluogo e la comunicazione di avvio del procedimento, deducendone l’illegittimità per:

(i) violazione degli artt. 3 e 7 della L. 241/90;

(ii) violazione degli artt. 3, 6, 10 e 31 del D.P.R. 380/2001, degli artt. 4 e 5 delle NTA, difetto di istruttoria e travisamento, trattandosi di opera “leggera” soggetta a regime di edilizia libera;

(iii) violazione degli artt. 4 e 5 delle NTA, travisamento, difetto di istruttoria, sviamento, erroneità della motivazione. Il manufatto non sarebbe in alcun modo qualificabile come “portico/porticato”: tale categoria non è definita nello strumento generale, mentre la delibera di Giunta Regionale n. XI/695 del 24 ottobre 2018 consentirebbe di ricondurvi solo i porticati inseriti nella struttura principale, e non sporgenti da essa. In ogni caso, anche a voler qualificare il manufatto come “portico”, prima di ingiungerne la demolizione il Comune avrebbe dovuto verificare se fosse o meno rispettoso degli indici e parametri urbanistici, verifica che il Comune non ha effettuato.

8. Con la sentenza del cui appello si tratta il TAR Brescia ha respinto il ricorso.

8.1. Quanto alla asserita violazione delle garanzie procedurali, il TAR ha rammentato che nel corso del procedimento la signora Belotti aveva avuto la possibilità di intervenire e, in ogni caso, opererebbe l’art. 21 octies della L. 241/90, che ammette l’amministrazione alla dimostrazione, anche in sede processuale, che il procedimento non avrebbe potuto concludersi con un provvedimento differente da quello adottato.

8.2. Quanto ai motivi di merito, il TAR Brescia, dopo aver qualificato il manufatto oggetto di demolizione come un “dehors”, ha affermato che simili strutture costituiscono, in linea di principio, delle nuove costruzioni ai sensi dell’art. 3, lett. e.5) e lett. e.6), del D.P.R. 380/2001, ma possono essere sottratte alla disciplina delle nuove costruzioni dai comuni che scelgano di dotarsi di una regolamentazione specifica delle strutture pertinenziali agli esercizi pubblici, regolamentazione che, però, il Comune di Trescore Balneario non ha adottato. Ciò premesso il TAR ha verificato la possibilità di ricondurre il manufatto ad alcuna delle categorie edilizie già tipizzate dal legislatore (segnatamente, nel D.M. 2 marzo 2018) come soggette ad attività edilizia libera, pervenendo ad una risposta negativa. Infine il TAR ha ritenuto il manufatto in questione effettivamente assimilabile ad un “porticato chiuso” – come ritenuto nell’ingiunzione di demolizione -, la cui superficie lorda di pavimento supera la soglia che consentirebbe di qualificarlo, ai fini edilizi ed urbanistici, quale pertinenza, conseguendo da ciò il totale assoggettamento del manufatto alla disciplina delle nuove costruzioni, sia in punto di verifica della distanza dalle strade che dalle proprietà limitrofe.

9. Avverso tale decisione la signora Belotti ha proposto appello, fondato sui seguenti motivi:

I) errore sui presupposti di diritto, errore della motivazione ed insufficienza della medesima, travisamento, contraddittorietà e carenza di istruttoria, violazione degli artt. 7 e 134 del D. L.vo 104/2010.

L’appellante sostiene il primo giudice si sia sostituito alla Amministrazione comunale nella qualificazione della struttura, diversa da quella effettuata dalla medesima Amministrazione, all’esito di

una istruttoria non svolta in sede procedimentale ma autonomamente, così di fatto esercitando una giurisdizione estesa al merito, in materia non compresa tra quelle di cui all'art. 134 c.p.a. In particolare, mentre il Comune avrebbe qualificato la struttura come "portico", il TAR l'avrebbe qualificata come un "dehors", diverso dalle nuove costruzioni, dalle "strutture leggere", e infine anche dalla categoria "porticato".

II) errore sui presupposti di diritto, errore sulla motivazione ed insufficienza della medesima, travisamento, contraddittorietà e carenza di istruttoria.

II.1. Sotto un primo profilo l'appellante censura della sentenza che ha respinto il primo motivo del ricorso originario: la ricorrente lamenta di non aver avuto l'opportunità di interloquire, in sede procedimentale, su quanto rilevato nel verbale di secondo sopralluogo; tale vizio non sarebbe superabile mediante il richiamo all'art. 21 octies poiché, in realtà, il procedimento avrebbe potuto concludersi con un provvedimento differente.

II.2. Sotto diverso aspetto la signora Belotti lamenta che il primo giudice non avrebbe adeguatamente valutato i motivi di ricorso, in particolare non avrebbe considerato che il D.M. 2 marzo 2018, come anche l'art. 6 del D.P.R. n. 380/2001, contiene un elenco non esaustivo degli interventi edilizi che possono considerarsi soggetti al regime di edilizia libera. Il TAR, tuttavia, da una parte ha escluso che si tratti di opere soggetta al regime delle nuove costruzioni, d'altra parte non ha considerato che gli interventi soggetti ad edilizia libera non sono solo quelli considerati nella appellata sentenza. Infine ha qualificato l'opera come "dehors permanente", utilizzando una categoria che non risulta utilizzata a livello normativo e che, contrariamente a quanto affermato dal primo giudice, non sarebbe corretto ricondurre al combinato disposto delle lett. e.5/e.6 dell'art. 6 D.P.R. 380/2001: secondo l'appellante, invece, si tratta di una struttura riconducibile tra quelle indicate, con elencazione non tassativa, al punto 50 dell'elenco allegato al D.M. 2 marzo 2018. L'appellante precisa, inoltre, di non aver svolto alcuna censura nei confronti delle NTA, non avendone interesse, posto che si trattava solo di contestare la qualificazione, di "portico", che il Comune ha dato alla struttura.

II.3. La appellante contesta, infine, il capo della sentenza che ha deciso il terzo motivo del ricorso originario, lamentando l'omessa disamina della doglianza. In particolare il TAR nulla dice circa la non riconducibilità del manufatto alla definizione di "porticato" contenuta nelle "Definizioni tecniche uniformi" di cui all'Allegato B) della deliberazione della Giunta regionale 24 ottobre 2018 - n. XI/695, di approvazione dello "Schema di regolamento edilizio-tipo". Allo stesso modo il TAR non ha considerato che il Comune non ha effettuato alcuna verifica circa la conformità del manufatto rispetto ai parametri ed indici urbanistici, ma si sarebbe sostituito al Comune anche nella verifica di parametri non menzionati nel provvedimento impugnato, come la distanza del manufatto dai confini. Quanto alla

distanza dal ciglio stradale, il manufatto non vi sarebbe assoggettato, stante che non può essere considerato come “nuova costruzione”, come espressamente indicato dal primo giudice.

10. Il Comune di Trescore Balneario si è costituito nel giudizio d’appello, insistendo per la reiezione del gravame.

11. La causa è stata chiamata alla camera di consiglio dell’8 aprile 2021, in occasione della quale il Collegio ha accolto la domanda cautelare, sospendendo l’esecutività della appellata sentenza, e poi alla pubblica udienza del 18 novembre 2021, quando è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

12. Procedendo con la disamina del primo motivo d’appello, il Collegio osserva che la decisione del TAR non si fonda affatto su una autonoma istruttoria e non si è minimamente estrinsecato in una decisione estesa al merito della controversia.

12.1. Occorre rammentare che:

- l’ordinanza di demolizione del 23 ottobre 2019, dopo aver descritto minuziosamente il manufatto, ha affermato che questo ha caratteristiche tali da doverlo assimilare ad una nuova costruzione, perché i materiali non hanno le caratteristiche di “leggerezza” e perché il manufatto non è riconducibile tra quelli di cui al punto 50 dell’allegato al D.M. 2 marzo 2018; l’ordinanza, quindi, ha anche affermato che si tratterebbe di una nuova costruzione sub specie di “portico” in ampliamento dell’edificio esistente, per il quale sarebbe stato necessario che la signora Belotti si munisse di un titolo abilitativo, nella specie mai richiesto;

- l’interessata, in primo grado, per demolire la motivazione posta a fondamento dell’ingiunzione di demolizione, ha sostenuto che l’opera sarebbe soggetta ad edilizia libera - in particolare sarebbe assimilabile ad una “pergotenda” -, e comunque non si tratterebbe di opera assimilabile ad un “portico/porticato”.

12.2. E’ stata proprio l’appellante, dunque, a definire il *thema decidendum* del primo grado di giudizio in modo ampio, estendendolo sia alla verifica della assimilabilità del manufatto alla categoria del “portico/porticato”, sia, in generale, alla categoria degli interventi soggetti al regime di edilizia libera.

12.3. Il TAR ha quindi effettuato una verifica allo scopo di stabilire se, a fronte della mancanza di una disciplina specifica per il manufatto in questione, vi fosse il modo di sottrarlo al regime delle nuove costruzioni e ciò ha fatto (a) confrontando le caratteristiche del manufatto, in concreto realizzato, con quello delle costruzioni che, ai sensi dell’art. 6 D.P.R. 380/2001 e del D.M. 2 marzo 2018, sono soggette al regime dell’edilizia libera; e b) verificando se potesse essere qualificato come “porticato” e c) infine verificando se potesse essere assoggettato al regime delle pertinenze urbanistiche.

12.4. Nell’effettuare le indicate verifiche il TAR non ha esorbitato i limiti di sindacato individuati dai motivi di ricorso, né si è fondato su una “istruttoria” autonoma, essendosi semplicemente limitato ad

operare, in ossequio al principio *iura novit curia*, una qualificazione giuridica dei fatti emergenti dai documenti ritualmente acquisiti in giudizio, fatti che nella loro materialità non sono stati mai contestati dalla appellante.

12.5. Né il TAR ha operato una qualificazione dell'intervento diversa da quella contenuta nell'ingiunzione di demolizione, dal momento che l'appellata sentenza finisce – come l'ordinanza di demolizione impugnata - per ricondurre il manufatto ad un tipo di “porticato chiuso” laddove al paragrafo 20, afferma che “*Tra le categorie codificate, la più adatta a descrivere il dehors esistente è in effetti quella del porticato chiuso*”: il TAR, in effetti, ha definito l'intervento come *dehors* solo perché non si presenta come un portico di tipo “tradizionale”, cioè di andamento lineare, totalmente addossato ad un muro perimetrale, e realizzato in muratura; dando atto della assenza di previsioni, statali o comunali, che vi si riferiscano specificamente, il TAR ha dapprima verificato che non poteva essere sussunto in uno degli interventi di edilizia libera tipizzati, per giungere a condividere l'assunto del Comune secondo cui, per le sue caratteristiche, poteva comunque essere assimilato ad un “porticato chiuso”.

12.5. Alla stregua delle considerazioni che precedono il primo motivo d'appello va senz'altro respinto.

13. Il secondo motivo d'appello è, in realtà, strutturato in tre sotto-motivi, ciascuno dei quali dedicato a contestare la motivazione con cui sono stati respinti i tre motivi di ricorso originari: per ragioni di priorità logica il Collegio ritiene opportuno procedere dalla disamina dei motivi aventi ad oggetto le originarie censure di merito.

14. L'appellante, si duole, in primo luogo, del fatto che il TAR ha escluso di poter qualificare l'intervento edilizio in questione tra quelli soggetti ad edilizia libera, senza considerare che tanto l'elencazione contenuta nell'art. 6 del D.P.R. 380/2001 che quella di cui al punto 50 dell'allegato al D.M. 2 marzo 2018 sarebbero meramente esemplificative, e dunque non impedirebbero di ritenere soggetti ad edilizia libera anche interventi non ivi specificamente menzionati: invoca, sul punto, il precedente della Sezione di cui alla sentenza n. 2715/2018.

14.1. Il Collegio rammenta che:

- L'art. 6 del D.P.R. n. 380/2001 elenca una serie di opere eseguibili senza alcun titolo abilitativo, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali: tale elencazione, consentendo la realizzazione di interventi edilizi che non comportano/consentono alcun tipo di controllo da parte dell'autorità pubblica, deve ritenersi in sé tassativo, ferma restando l'eventuale elasticità delle definizioni utilizzate, che può richiedere un'opera interpretativa del giudice. In tale elenco nessuna voce si adatta al manufatto realizzato dalla appellante.

14.2. In particolare non si tratta di un'opera stagionale ai sensi dell'art. 6, lett. *e-bis*), dal momento che non è facilmente smontabile ed è stata concepita e realizzata come opera permanente; non si tratta di

mera opera di pavimentazione, ai sensi dell'art. 6, lett. *e-ter*), dal momento che ciò che è stata contestata dal Comune è solo la struttura soprastante la pedana, i cui elementi portanti sono costituiti da pilastri, travi e tetto; ed infine il manufatto non può essere assimilato ad una “*area ludica senza fini di lucro*” o ad un “*elemento di arredo*” di area pertinenziale all'edificio, ai sensi dell'art. 6, lett. *e-quinques*), tenuto conto del fatto che si tratta di un'area destinata ad ospitare la clientela dell'esercizio, perciò destinata ad un fine non ludico né di mero arredo, ma invece di lucro.

14.2.1. Quanto sopra trova conferma nelle previsioni del D.M. 2 marzo 2018, pubblicato nella G.U. 7 aprile 2018 n.81, di “*Approvazione del glossario contenente l'elenco non esaustivo delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera*”, ai sensi dell'articolo 1, comma 2 del citato d. lgs. 222/2016, il quale individua tra le principali opere di edilizia libera, riconducibili all'art. 6, comma 1, lett. *e-quinquies*), singoli arredi (quali barbecue, fioriere, fontane, muretti, panche), giochi per bambini, pergolati di limitate dimensioni, ricoveri per animali domestici e da cortile, ripostigli per attrezzi, sbarre d'accesso, separatori, stalli per biciclette, elementi divisorii e “*tende, tende a pergola, pergotende, coperture leggere di arredo*”; e tra le opere riconducibili all'art. 6, comma 1, lett. *e-bis*), i gazebo, gli *stand* fieristici, i servizi igienici mobili, elementi di esposizione vari, aree di parcheggio, tensostrutture, pressostrutture e assimilabili.

14.2.2. Riguardo alle “*pergotende*” il Collegio precisa trattarsi di manufatti accomunati da fatto che creano degli ambienti simili ai pergolati, con la differenza che l'ombreggiatura è determinata da una tenda orizzontale, o lievemente inclinata, sostenuta da bracci mobili che si protendono da un edificio oppure da una struttura fissa, composta di pilastrini e da elementi orizzontali, comunque non adatta a portare carichi pesanti e tale da comportare un irrisorio impatto visivo: ciò premesso il Collegio ritiene condivisibile l'assunto del TAR secondo cui il manufatto realizzato dalla signora Belotti non può essere ricondotto a tale categoria, non fosse che per il fatto che la copertura è di materiale ligneo e che l'ambiente è stato dotato di tamponature perimetrali di chiusura e degli impianti elettrico e di climatizzazione, che sostanzialmente consentono di utilizzare l'area anche come locale chiuso. Del resto, se con il D.M. 2 marzo 2018 si fosse inteso allargare il concetto di edilizia libera a tutte le strutture “*precarie*” e “*leggere*”, a prescindere dalla loro effettiva somiglianza alle “*pergotende*”, sarebbe stata utilizzata una definizione assai più generica, che non si ritrova nel D.M. 2 marzo 2018, né nell'art. 6 del D.P.R. 380/2001.

14.2.3. Relativamente alle “*tensostrutture*” ed alle “*pressostrutture*” si tratta, in ogni caso, di edifici realizzati con materiali mantenuti in posizione tramite tensione oppure tramite pressione - in genere la pressione forzata dell'aria -, ed in tutta evidenza il manufatto oggetto degli atti impugnati non può esservi assimilato, se non snaturando completamente il relativo concetto.

14.2.4. Quanto al fatto che l'allegato al D.M. 2 marzo 2018 contiene una elencazione non tassativa o non esaustiva delle "*principali opere*" soggette ad edilizia libera, il Collegio osserva che si tratta di rilievo non pertinente, posto che un intervento edilizio, per essere considerato di edilizia libera, deve essere riconducibile ad almeno una delle categorie, più o meno generali, indicate all'art. 6 del D.P.R. n. 380/2001, ciò che nel caso di specie non è predicabile: si ribadisce, in particolare, la impossibilità di qualificare il manufatto ai sensi dell'art. 6, lett. *e-bis*), per mancanza di temporaneità dell'opera, nonché ai sensi dell'art. 6, lett. *e-quinques*), per la ragione che nel caso di specie esso manufatto è chiaramente destinato, dalla proprietà, ad una finalità di lucro, ed inoltre per il fatto che quella oggetto di contestazione è una struttura portante destinata a svolgere una autonoma funzione (ospitare i clienti dell'esercizio pubblico), e come tale non è suscettibile nel concetto di "elemento di arredo".

14.2.5. Proprio in ragione di quanto testé precisato la statuizione con cui il TAR ha escluso (al paragrafo 19) la assimilabilità del manufatto in contestazione ai "gazebo" va confermata: non tanto per le ragioni indicate da primo giudice, quanto per il fatto che comunque al manufatto in questione non è destinato a soddisfare esigenze temporanee.

14.3. Alla edilizia libera sono riconducibili anche alcuni interventi individuati dall'art. 3, lett. e.5), del D.P.R. n. 380/2001. Si tratta dei manufatti "*diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee*", nonché "*delle tende e delle unità abitative mobili con meccanismi di rotazione in funzione, e loro pertinenze e accessori, che siano collocate, anche in via continuativa, in strutture ricettive all'aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, che non posseggano alcun collegamento di natura permanente al terreno e presentino le caratteristiche dimensionali e tecnico-costruttive previste dalle normative regionali di settore ove esistenti*".

14.3.1. Chiaramente il manufatto oggetto del presente giudizio non è riconducibile ad alcuna delle anzidette opere, perché: non è destinato a soddisfare esigenze temporanee; si trova all'esterno dell'edificio, ma non è collocato in una "*struttura ricettiva all'aperto*"; non afferisce ad una struttura ricettiva per turisti; non è assimilabile ad una "*tenda*", né costituisce una "*unità abitativa mobile*" o relativa pertinenza, non avendo una destinazione residenziale.

14.3.2. Ancor una volta la detta interpretazione trova conferma nell'elenco delle principali opere di edilizia libera contenuto nell'allegato al D.M. 2 marzo 2018, che, con riferimento all'art. 3, comma 1, lett. e.5), menziona le *roulottes*, le case mobili, i *campers*, le imbarcazioni, mediante i quali sono soddisfatte esigenze residenziali per le quali non è pensato il manufatto contestato alla appellante. Anche in questo caso il rilievo che si tratti di un elenco non esaustivo non è pertinente, poiché il manufatto in questione non presenta le caratteristiche generali indicate dall'art. 3, comma 1, lett. e.5) per essere sottratte al regime delle nuove costruzioni.

14.4. Una ulteriore categoria di opere che il legislatore ha sottratto al regime delle nuove costruzioni è quella indicata all'art. 3, comma 1, lett. e.6), che individua le pertinenze, se non assoggettate al regime delle nuove costruzioni dagli strumenti urbanistici, e se non comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale.

14.4.1. A prescindere dalla qualificazione del manufatto come porticato, e volendo ad esso riconoscere natura pertinenziale, il Collegio osserva che la appellante non ha dedotto né dimostrato che la volumetria compresa nel manufatto in contestazione non supera il 20% di quella esistente negli spazi interni. Pertanto, anche qualificando il manufatto come "pertinenza" non è possibile affermare che esso sfuggisse al regime delle nuove costruzioni.

15. Nell'ambito del secondo motivo d'appello la signora Belotti deduce l'erroneità della sentenza appellata per aver qualificato il manufatto quale "portico", in ampliamento, senza considerare che esso non ha le caratteristiche indicate, per tali manufatti, nella delibera di Giunta Regionale 24 ottobre 2018 - n. XI/695. Lamenta inoltre che, una volta stabilito che si trattasse di un "portico", il Comune avrebbe dovuto verificare la conformità dello stesso ai parametri edilizi ed urbanistici, prima di disporre la demolizione.

15.1. Il TAR ha ritenuto che la previsione di cui all'art. 3, comma 1, lett. e.6), del D.P.R. 380/2001, abbia trovato una specifica applicazione nella previsione dell'art. 4.3-b-o- delle NTA, secondo cui la superficie lorda di pavimento di portici e le logge non è computata nei limiti del 20% della SLP di ciascun piano; oltre detto limite viene computata. Pertanto, secondo il TAR *"Per distinguere i porticati dalle nuove costruzioni il Comune ha scelto la soglia del 20% della SLP di ciascun piano, computando solo la parte eccedente. Per distinguerli dai pergolati, e assoggettarli al rispetto degli indici urbanistici, ha invece considerato dirimente la presenza della copertura. Ne consegue che il porticato è una pertinenza finché rimane nei predetti limiti di SLP, ma se è coperto, e quindi a maggior ragione se è anche tamponato lateralmente, deve comunque rispettare le distanze minime dalla strada e dai confini."*

15.2. Tale ragionamento in sé non è stato fatto oggetto di specifica doglianza da parte della appellante, sicché il Collegio deve ritenere (i) che l'art. 4.3-b delle NTA effettivamente definisca un criterio che distingue il porticato soggetto ad edilizia libera, in quanto opera pertinenziale, ed il porticato soggetto invece al regime delle nuove costruzioni, e (ii) che l'art. 4.3-o delle NTA indichi nella copertura il tratto distintivo della tipologia "portico".

15.3. La delibera di Giunta Regionale n. XI/695 del 24 ottobre 2018 stabilisce, nel relativo glossario, che per "portico/porticato" si intende *"un elemento edilizio coperto al piano terreno degli edifici, intervallato da colonne o pilastri aperto su uno o più lati verso i fronti esterni dell'edificio"* ed il Collegio ritiene, contrariamente all'assunto dell'appellante, che tale definizione sia compatibile da

quella rinveniente dall'art. 4.5-o delle NTA, e si attagli a qualsiasi manufatto che abbia le caratteristiche indicate, anche se realizzato in sporgenza rispetto ai muri perimetrali di un edificio: ciò che rileva ai fini della qualificazione di un manufatto come "porticato" è la circostanza che sia realizzato al piano terreno, restando indifferente che sia, o meno "aggettante".

15.4. Di tanto tenuto conto il Collegio ritiene corretta la qualificazione del manufatto, effettuata dal primo giudice, in termini di "porticato", dal momento che è riconoscibile un'area coperta, posta al piano terreno dell'edificio principale, con pilastri che suddividono lo spazio verticale perimetrale ; e poiché nel caso di specie la superficie lorda di pavimento risulta superiore al 20% di quella dei locali interni, il manufatto non può essere considerato intervento di edilizia libera, rimanendo soggetto al regime delle nuove costruzioni, con necessità di verificare il rispetto dei parametri edilizi ed urbanistici.

15.5. Va rilevato, a questo punto, che l'appellante dimostra di aver frainteso taluni passaggi della motivazione della appellata sentenza, segnatamente quanto si legge al paragrafo 14, secondo cui "*...si osserva che la struttura realizzata dalla ricorrente costituisce un dehors permanente al servizio di un pubblico esercizio, e come tale si distingue sia dalle nuove costruzioni sia dalle strutture leggere....*": contrariamente a quanto sembra credere la appellante, con tale passaggio il TAR non ha inteso affermare che l'opera non sia soggetta al regime delle nuove costruzioni, ma ha solo voluto evidenziare la natura atipica del manufatto che, però, all'esito della indagine, ha escluso che potesse considerarsi intervento di edilizia libera e che, invece, ha considerato soggetto al regime delle nuove costruzioni sub specie di "porticato".

15.6. Ciò chiarito, essendo stato il manufatto realizzato in assenza del titolo edilizio relativo alle nuove costruzioni, esso è automaticamente abusivo e pertanto il Comune non era onerato di dimostrarne la non conformità ai parametri edilizi ed urbanistici prima di ordinarne la demolizione. Peraltro va soggiunto che l'appellante non ha in alcun modo tentato di dimostrare la conformità del manufatto a tutti i parametri vigenti e la conseguente possibilità di ottenere la sanatoria di conformità, che infatti non risulta sia stata richiesta.

15.7. Infine va rilevato che il passaggio della sentenza in cui il TAR ha affermato che "*finché non sarà approvata una disciplina specifica per i dehors permanenti, la decisione del Comune di emettere un ordine di demolizione appare corretta*" non costituisce affatto una implicita ammissione del fatto che i dehors, e comunque il manufatto di che trattasi, possano considerarsi di edilizia libera, in quanto manufatti non specificamente disciplinati: come già precisato, gli interventi di edilizia libera sono tipici e sono quelli di cui sopra si è dato conto, ragione per cui ove un intervento non tipizzato non sia riconducibile ad uno di essi deve considerarsi soggetto al titolo edilizio pertinente, che dovrà essere individuato assimilando l'intervento ad una delle tipologie individuate dal legislatore.

16. I rilievi che precedono dimostrano l'infondatezza del secondo motivo d'appello, nella parte in cui ha ad oggetto la parte della sentenza che respinge le censure di merito articolate in primo grado.

16.1. Segue da quanto sopra anche l'infondatezza del secondo motivo d'appello nella parte in cui ha ad oggetto le presunte violazioni procedurali: le argomentazioni che precedono, infatti, confermano che il procedimento amministrativo non avrebbe potuto concludersi con un diverso provvedimento, ragione per cui le supposte violazioni delle garanzie procedurali non potrebbero cagionare l'annullamento della ingiunzione di demolizione, ai sensi dell'art. 21 *octies* della L. n. 241/90.

17. Conclusivamente, l'appello è infondato e l'impugnata sentenza va confermata.

18. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto conferma l'appellata sentenza.

Condanna l'appellante al pagamento, a favore del Comune di Trescore Balneario, delle spese del presente grado di giudizio, spese che si liquidano in €. 1.500,00 (euro millecinquecento), oltre accessori, se per legge dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO