



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 26 maggio 2021

NUMERO AFFARE 00368/2021

OGGETTO:

Ministero della cultura, Direzione generale archeologia belle arti e paesaggio.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dalla società G.M. Martinucci s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, per l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento del Comune di Maglie – SUAP n. 22516 dell'8 ottobre 2018, concernente diniego di autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico per l'installazione di un *debor*, nonché di tutti gli atti preordinati, connessi o consequenziali.

LA SEZIONE

Vista la relazione del 7 dicembre 2020, trasmessa con nota n. 873-P del 12 marzo 2021, con la quale il Ministero della cultura ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;
esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Giancarlo Carmelo Pezzuto;

Premesso:

La società G.M. Martinucci s.r.l. chiede l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento del Comune di Maglie – SUAP n. 22516 dell'8 ottobre 2018, concernente diniego di autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico per l'installazione di un *debor*, nonché di tutti gli atti preordinati, connessi o consequenziali.

La ricorrente premette di essere titolare di un'attività commerciale in essere da numerosi anni e che la legale rappresentante della preesistente Caffetterie Martinucci s.r.l. aveva chiesto in data 15 gennaio 2015 al Comune di Maglie l'autorizzazione ad occupare il suolo antistante il pubblico esercizio all'insegna "Bar Martinucci" per l'installazione di un *debor*, autorizzazione concessa dall'ente locale con provvedimento n. 8888 del 16 aprile 2015 del SUAP per il periodo 20 aprile 2015/19 marzo 2018; successivamente alla voltura dell'attività in favore della nuova società il medesimo SUAP, con nota n. 6661 del 14 marzo 2018, comunicava all'odierna ricorrente, nel frattempo subentrata, che la Soprintendenza archeologica belle arti e paesaggio di Lecce aveva diffidato l'ente al rilascio di ulteriori autorizzazioni di concessioni della specie senza il preventivo parere di competenza ed invitava la società a presentare, ove ritenuto, la pratica per il successivo inoltro alla Soprintendenza medesima; la società provvedeva in tal senso con istanza n. 7148 del 16 marzo 2018, chiedendo il mantenimento della struttura già in essere ed allegando il relativo elaborato grafico; la Soprintendenza, conseguentemente interessata, con nota n. 9209 del 18 maggio 2018 comunicava al Comune che la società non era in tal senso legittimata e che la struttura in questione doveva considerarsi illegittima; con successiva nota n. 12502 del 25 maggio 2018 il Comune comunicava alla ricorrente che la Soprintendenza di Lecce non avrebbe rilasciato il parere di competenza in ordine all'istanza di occupazione di suolo pubblico in questione e, di conseguenza, si determinava per la "sospensione della pratica", per poi disporre con ordinanza n. 55 del 28 maggio 2018 la rimozione del *debor*, ritenuto abusivo, nonché dei tavoli e delle sedie ivi posizionati; avverso detta

ordinanza la società insorgeva innanzi al TAR Puglia – Lecce, che con ordinanza n. 470/2018 sospendeva l'efficacia del provvedimento; infine, con il provvedimento n. 22516 dell'8 ottobre 2018, avverso con il presente ricorso straordinario, il Comune comunicava all'odierna ricorrente il diniego di autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico innanzi descritta.

Di qui l'odierno gravame, con il quale la società ricorrente eccepisce “violazione di legge, in particolare degli art. 6 e 10 del d.P.R. n. 380/2001; Eccesso di potere per violazione del ‘Regolamento per l'installazione di strutture provvisorie estive ed invernali *debor*' del Comune di Maglie approvato con deliberazione di Consiglio Comunale n. 43 del 23.6.2011”, sostenendo che il regolamento comunale per l'installazione di strutture della specie definisce all'art. 4 il concetto di “*debor*”, ritenendo tali le strutture temporanee facilmente rimovibili destinate a far fronte ad esigenze temporanee (da 12 a 36 mesi) e stabilendo che la relativa autorizzazione viene rilasciata dal SUAP previa acquisizione del parere dell'Ufficio tecnico in materia di urbanistica ed edilizia e della Polizia municipale per le esigenze di viabilità e sicurezza; diversamente da quanto indicato nel provvedimento avverso non sarebbe, inoltre, richiesto a tal fine alcun permesso di costruire, come sarebbe confermato anche dall'art. 6 del d.P.R. n. 380/2001, che esenta dalla necessità di tale titolo edificatorio le opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità; quanto all'ulteriore motivazione del provvedimento gravato, concernente l'occupazione dell'area in essere alla scadenza dell'autorizzazione precedentemente concessa, la società sostiene di non aver smontato la struttura in virtù della citata ordinanza sospensiva del TAR Puglia – Lecce.

In ordine all'istanza cautelare, ritenendo così dimostrato il *fumus boni iuris*, la ricorrente si appella ai costi che deriverebbero dalla rimozione del *debor*, evidenziando come nulla sia mutato rispetto alla precedente autorizzazione e di aver presentato regolare domanda di rinnovo della concessione.

Con memoria difensiva del 5 aprile 2019, in atti, il Comune di Maglie eccepisce l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica alla Soprintendenza archeologica belle arti e paesaggio per le Province di Brindisi, Lecce e Taranto, "già parte nel giudizio innanzi al TAR per la Puglia – Sez. di Lecce, giudizio da cui è scaturito il provvedimento impugnato con il presente ricorso ed emesso dal Comune di Maglie in esecuzione della suddetta ordinanza n. 470/2018 (...) espressamente richiamata nello stesso provvedimento oggetto del gravame", a tal fine ritenuta controinteressato in senso sostanziale, sostenendo anche che la società ricorrente era a conoscenza dell'intimazione con la quale la Soprintendenza medesima aveva rilevato, tra l'altro, l'illegittimità della struttura in parola; nel merito, l'ente locale conclude per l'infondatezza del ricorso, affermando che, in base alla giurisprudenza, per l'installazione dei *debor* l'art. 10 del d.P.R. n. 380/2001 richiede il rilascio di un permesso di costruire, non trattandosi, in realtà, di struttura precaria e temporanea.

Con la relazione istruttoria del 7 dicembre 2020, trasmessa con nota n. 873-P del 12 marzo 2021, il Ministero riferente sostiene l'infondatezza del ricorso, ripercorrendo e facendo sostanzialmente proprie le controdeduzioni prodotte sia dal Comune di Maglie, come innanzi sintetizzate, sia dalla citata Soprintendenza, la quale con nota n. 18413 del 2 ottobre 2017 aveva diffidato il Comune di Maglie dal rilascio di ulteriori concessioni d'uso di suolo pubblico e disposto l'immediato ripristino dello stato dei luoghi, avendo rilevato che sul territorio comunale (ed in specie in pubbliche piazze, vie, strade ed altri spazi urbani di interesse artistico o storico) insistevano strutture per le quali non risultava rilasciata l'autorizzazione prevista dagli articoli 21 e 106 del d.lgs. n. 42/2004 ed individuando a tal proposito alcune situazioni specifiche, tra le quali quella relativa al *debor* oggetto della presente controversia, indicato come insistente in una direttrice cittadina principale ed interposto "prepotentemente nella scenografia urbana"; con riferimento, in particolare, alla fattispecie all'esame la Soprintendenza rileva che la

concessione risultava già scaduta all'atto della ricezione della richiesta di parere per il "rinnovo", inoltrata dal Comune con nota n. 9079 del 18 aprile 2018, cosicché la struttura in parola in quel momento risultava illegittimamente installata; in accoglimento di una specifica richiesta del Comune di Maglie, inoltre, la Soprintendenza autorizzava sul piano generale la posa in esterno di tavolini, sedie ed ombrelloni sino al 31 dicembre 2018, di talché, si sostiene nel medesimo contesto, ove l'odierna ricorrente avesse ripristinato tempestivamente lo stato dei luoghi, anch'essa avrebbe potuto beneficiare di tale deroga temporale; la Soprintendenza medesima rappresenta, inoltre, che il TAR Puglia – Lecce, con sentenza n. 635/2019, ha accolto il ricorso giurisdizionale precedentemente proposto dall'odierna ricorrente avverso l'ordinanza di demolizione solo in parte e limitatamente alla sospensione procedimentale disposta illegittimamente "*sine die*" da parte del Comune, per il resto confermando la necessità dell'autorizzazione della Soprintendenza, ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 42/2004, in ordine all'area occupata dalla società.

Considerato:

L'infondatezza del ricorso consente di prescindere da un maggior approfondimento dell'eccezione di inammissibilità pregiudizialmente dedotta dall'Amministrazione, in ordine alla quale giova comunque, seppur in via incidentale, evidenziare che "deve (...) ritenersi del tutto connaturato alla natura delle attribuzioni poste in capo alla Soprintendenza la possibilità di agire a tutela degli interessi pubblici da essa curati anche di fronte al giudice amministrativo, qualora il provvedimento comunale di concessione dell'autorizzazione paesaggistica si ponga in contrasto col parere reso dall'ente statale" (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 7193/2020).

Quanto poi alla necessità o meno del preventivo permesso di costruire per la realizzazione di un *debor* (o gazebo) si osserva che, "in punto di diritto (...):

- l'art. 10 d.P.R. 380/2001 (nel testo in vigore all'epoca dei fatti) stabilisce che:

‘1. Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del

territorio e sono subordinati a permesso di costruire: a) gli interventi di nuova costruzione; b) gli interventi di ristrutturazione urbanistica; c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni. (...);

- l'art. 22, comma 1, del Testo unico edilizia dispone inoltre che: 'Sono realizzabili mediante la segnalazione certificata di inizio di attività di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente: a) gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), qualora riguardino le parti strutturali dell'edificio; b) gli interventi di restauro e di risanamento conservativo di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c), qualora riguardino le parti strutturali dell'edificio; c) gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), diversi da quelli indicati nell'articolo 10, comma 1, lettera c. (...);

- l'art. 31 d.P.R. 380/2001, commi 1 e 2 (per quel che rileva nel presente giudizio), dispone quindi che: '1. Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile. 2. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali,

determinate ai sensi dell'articolo 32, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3. (...);

- l'art. 3, punto e5), d.P.R. 380/2001 include tra le opere di 'nuova costruzione' 'l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, ad eccezione di quelli che siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee o siano ricompresi in strutture ricettive all'aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti, previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, in conformità alle normative regionali di settore'.

In materia di realizzazione di gazebo la giurisprudenza ormai prevalente ritiene che:

- per 'gazebo' si intende, nella sua configurazione tipica, una struttura leggera, non aderente ad altro immobile, coperta nella parte superiore ed aperta ai lati, realizzata con una struttura portante in ferro battuto, in alluminio o in legno strutturale, talvolta chiuso ai lati da tende facilmente rimovibili. Spesso il gazebo è utilizzato per l'allestimento di eventi all'aperto, anche sul suolo pubblico, e in questi casi è considerata una struttura temporanea. In altri casi il gazebo è realizzato in modo permanente per la migliore fruibilità di spazi aperti come giardini o ampi terrazzi (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2017 n. 306);

- indubbiamente, in relazione ad alcune opere edilizie, normalmente di limitata consistenza e di esiguo impatto sul territorio, come pergolati, gazebo, tettoie, pensiline e pergotende, non è sempre agevole individuare il limite entro il quale esse possono farsi rientrare nel regime dell'edilizia libera o, invece, devono farsi ricadere nei casi di edilizia non libera per i quali è richiesta una comunicazione all'amministrazione preposta alla tutela del

territorio o, addirittura, il rilascio di un permesso di costruire (in tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 24 dicembre 2018 n. 7221);

- infatti, ad esempio, i gazebo che poggiano su piattaforme di calcestruzzo non sono strutture precarie, ma sono funzionali a soddisfare esigenze permanenti e vanno pertanto considerati come manufatti che alterano lo stato dei luoghi, con un sicuro incremento del carico urbanistico (cfr. sul punto, tra le molte, Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2012 n. 6382 e Sez. V, 1 dicembre 2003 n. 7822)
- nello specifico, la natura di opera precaria non si evince dalla tipologia dei materiali utilizzati per la sua edificazione e, più in generale, dalle caratteristiche costruttive e di ancoraggio al suolo della stessa, quanto piuttosto da un elemento di tipo funzionale, dovendosi verificare se la stessa sia o meno destinata al soddisfacimento di esigenze durevoli, stabili e permanenti nel tempo (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 30 ottobre 2020 n. 6653);
- in sostanza, occorre avere riguardo all'uso cui il manufatto è destinato, nel senso che, se le opere sono dirette al soddisfacimento di esigenze stabili e permanenti, deve escludersi la natura precaria, a prescindere dai materiali utilizzati e dalla tecnica costruttiva applicata (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 24 luglio 2020 n. 4726 e 19 marzo 2020 n. 1951 nonché Sez. VI, 11 gennaio 2018 n. 150);
- anche ritenendo, dunque, il carattere smontabile o facilmente amovibile della struttura in ogni caso ai fini della qualificazione della natura dell'opera come precaria deve farsi riferimento alla sua destinazione e quindi, per mantenere il carattere di precarietà deve costituire un'opera che non sia funzionale al soddisfacimento di esigenze stabili e durature nel tempo (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014 n. 2842);
- non conduce a conclusioni diverse la considerazione che la struttura abbia carattere stagionale, in quanto l'opera stagionale, diversamente da quella precaria, non è destinata a soddisfare esigenze contingenti ma ricorrenti, sia pure soltanto in determinati periodi dell'anno e, per tale motivo, è soggetta a

permesso di costruire. Invero, il carattere stagionale dell'uso non implica la provvisorietà dell'attività, né di per sé la precarietà del manufatto ove la stessa si svolga, atteso che il rinnovarsi dell'attività con frequenza stagionale è indicativo della stabilità dell'attività e dell'opera a ciò destinata. Invero, la stagionalità dell'uso non esclude la destinazione del manufatto al soddisfacimento di esigenze permanenti nel tempo, pur quando lo stesso venga rimosso in determinati mesi dell'anno e successivamente, con cadenza periodica predeterminata, nuovamente installato' (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2020 n. 309)" (così Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1203/2021).

I medesimi principi sono stati recentemente ribaditi dalla giurisprudenza della Sezione, laddove si è "precisato che 'è fermo in giurisprudenza (cfr., per tutti, Cons. St., IV, 4 settembre 2013 n. 4438; id., VI, 25 gennaio 2017 n. 306; id., II, 3 settembre 2019 n. 6068) l'avviso per cui il gazebo è una struttura leggera, non aderente ad altro immobile, coperta nella parte superiore ed aperta ai lati, realizzata con una struttura portante in ferro battuto, in alluminio o in legno strutturale, talvolta chiuso ai lati da tende facilmente rimovibili, che può essere realizzato perlopiù come struttura temporanea' (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2365/2021), con la conseguenza che quel che distingue la natura precaria d'un gazebo, che lo esonera dall'obbligo del possesso del p.d.c. non è solo la peculiare leggerezza della struttura di esso, ma l'esser funzionale ad esigenze ed a correlati usi specifici e temporalmente limitati, quindi giammai permanenti nel tempo" (Consiglio di Stato, Sez. I, n. 791/2021).

Va da sé che quanto rilevato dalla giurisprudenza in ordine ai gazebo si applichi – potrebbe dirsi a maggior ragione – con riferimento ai *debor*, che rispetto ai primi presentano di norma caratteristiche strutturali più stabili e complesse.

Non è possibile, dunque, stabilire a priori ed univocamente se ai fini della realizzazione di un *debor* sia o meno necessario ottenere preventivamente uno specifico permesso di costruire, dovendosi caso per caso operare una

specifica valutazione non soltanto sulla base della tipologia della struttura, dei materiali in concreto utilizzati e del tipo di ancoraggio al suolo, ma anche (e soprattutto) in ordine alla idoneità o meno del manufatto al soddisfacimento di esigenze stabili e durature nel tempo, e questo al di là del suo carattere stagionale o meno.

Ebbene, si deve per un verso rilevare che nel caso di specie il Comune di Maglie con il provvedimento avverso – peraltro, deve qui rilevarsi, manifestando un orientamento apparentemente difforme rispetto alla procedura seguita per il rilascio del precedente titolo autorizzatorio – ha ritenuto che per l'installazione del *debor* oggetto della controversia fosse necessario il preventivo ottenimento di un permesso di costruire e, per altro verso, che la parte ricorrente al riguardo si è limitata ad affermare genericamente che “l'installazione di un *debor* non rientra minimamente tra gli interventi per i quali la legge impone il preventivo rilascio di un permesso di costruire”, senza tuttavia documentare in maniera incontrovertibile la natura della struttura oggetto della presente controversia e, in particolare, la sua inidoneità funzionale a soddisfare esigenze stabili e durature nel tempo – elementi dai quali in ipotesi deriverebbe la non necessità del permesso di costruire –, e ciò tenendo peraltro conto che si tratta di una struttura progettata per essere utilizzata in forma pluriennale, come di fatto avvenuto.

Dalla documentazione fotografica versata in atti la struttura in questione si presenta provvista di fioriere laterali, telaio rigido con sostegni verticali ed ampie vetrate scorrevoli; il tipo di copertura ed il sistema di ancoraggio al suolo non risultano tuttavia visibili.

In ogni caso, in disparte tale pur rilevante profilo, il provvedimento avverso presenta motivazione plurima, facendo riferimento non soltanto al (come detto, dal Comune ritenuto necessario) permesso di costruire, ma anche, tra l'altro: alla corrispondenza intercorsa con la Soprintendenza in relazione al necessario parere di competenza di detto organismo; all'avvenuta scadenza alla data del 19 marzo 2018 del precedente titolo concessorio; alla non

cedibilità e non trasferibilità dell'autorizzazione “in alcuna ipotesi”, ai sensi dell'art. 5.11 del relativo regolamento comunale, a seguito del cambio di titolarità nella gestione dell'esercizio commerciale; alla impossibilità di rilasciare un nuovo titolo autorizzatorio in quanto, vista la persistenza del manufatto ormai divenuto abusivo, ciò sarebbe equivalso “a legittimare una situazione illecita”.

Al riguardo deve ricordarsi che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, in presenza di un atto plurimotivato è sufficiente la legittimità di una sola delle giustificazioni per sorreggere l'atto stesso in sede giurisdizionale, di talché il rigetto delle censure proposte contro una di tale ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. I, n. 114/2021; Sez. V, n. 2403/2020; n. 6190/2019; n. 4297/2017 e n. 2910/2017; Sez. IV, n. 2019/2018).

Le richiamate circostanze risultano, quindi, di per sé comunque dirimenti ai fini della presente controversia anche indipendentemente dalla necessità del permesso di costruire, per la quale in ogni caso si rimanda a quanto già osservato.

Occorre, infatti, rilevare che, come correttamente evidenziato anche dal TAR Puglia – Sezione di Lecce nella sentenza n. 635/2019 richiamata in premessa (che, per inciso, non risulta appellata), ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 42/2004, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio, le opere in questione rientrano fra quelle subordinate ad autorizzazione del competente Soprintendente, insistendo su vie del centro storico comunale.

Il Comune non avrebbe, quindi, potuto concedere l'autorizzazione alla realizzazione – o, se si preferisce, al mantenimento – del gazebo in questione in assenza del parere favorevole dell'organismo competente alla tutela dei beni di interesse artistico e storico, il quale come innanzi ricordato, si è espresso in senso non favorevole, valutata anche l'ulteriore circostanza secondo la quale, al momento dell'interessamento della Soprintendenza da parte del Comune,

sull'area insisteva ancora – a quel punto privo di qualunque autorizzazione – il *debor* installato nel 2015 dalla società preesistente alla odierna ricorrente.

Sulla scorta di tali considerazioni il ricorso è infondato e come tale deve essere respinto, restando così assorbita l'istanza cautelare.

Resta ovviamente ferma la possibilità per l'odierna ricorrente di attivare un nuovo ed autonomo *iter* autorizzatorio, sempre che ne ricorrano i presupposti di fatto e di diritto, nel rispetto delle procedure previste dalle vigenti disposizioni nazionali e locali.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere respinto.

L'ESTENSORE
Giancarlo Carmelo Pezzuto

IL PRESIDENTE F/F
Francesca Quadri

IL SEGRETARIO
Maria Grazia Salamone