



**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 Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso r.g.a.n. 7684/2012, proposto da:  
Perbellini Andrea, rappresentato e difeso dagli avv.ti Riccardo Ruffo, Alberto Galice e Federica Scafarelli, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, via Giosué Borsi, 4;

***contro***

Comune di Malcesine, in persona del sindaco in carica, n.c.;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. Veneto, Venezia, sezione II, n. 00264/2012, resa tra le parti e concernente *il denegato rilascio di un permesso di costruire a sanatoria*.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati, con tutti gli atti e documenti di causa.  
Visto l'art. 60 Cod. proc. amm., ed avvertito il difensore della parte appellante - e presente - circa la possibilità di pronunciare una *sentenza breve* (attesi il regolare contraddittorio e la completa istruttoria).

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2012, il Consigliere di Stato *Aldo SCOLA* ed udito, per la parte appellante, l'avv. Federica Scafarelli.

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

#### FATTO

A) Andrea Perbellini, proprietario di un ristorante nel Comune di Malcesine, in area paesisticamente vincolata *ex d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42* e ricompresa in *z.t.o.b.*, con provvedimento prot. n. 451 del 9 febbraio 2001 veniva dal comune autorizzato alla “posa di quattro *gazebo* in legno sulla terrazza di pertinenza” del ristorante, caratterizzati da una struttura precaria, facilmente smontabile ed asportabile, ricevendo anche, il 31 luglio 2006, il titolo edilizio per l’installazione su tali manufatti di serramenti ad impacco laterale in alluminio e vetro e presentando pure, il 13 gennaio 2009, una *d.i.a.* per la sostituzione del loro manto di copertura. Previa segnalazione, la locale Polizia municipale eseguiva un sopralluogo il 26 febbraio 2009, riscontrando che erano in corso interventi sulla copertura, con la sostituzione del telo plastificato bianco con una struttura in grosse travi di legno e non, come invece previsto, con materiali in perline di legno e lamiera aggraffata, nonché con la ripavimentazione e la dotazione di un impianto elettrico, di climatizzazione e sonoro.

Dal che, con nota 25 novembre 2009, l’avvio del procedimento *sanzionatorio*, con successiva adozione dell’ordinanza di demolizione in data 14 giugno 2010, per le caratteristiche, la consistenza e la stabilità della struttura, anche volumetricamente rilevante, nel rispetto della disciplina urbanistico-edilizia e delle norme tutelanti il vigente vincolo paesaggistico: atto mai impugnato dal Perbellini che, il 4 agosto 2010, presentava pure *istanza di sanatoria* per tali opere abusive.

B) Con nota 5 ottobre 2010, l’ente locale comunicava *i motivi ostativi* all’accoglimento di tale istanza (nuovo *volume urbanistico* della costruzione,

con conseguente impossibilità di alcuna sanatoria, *ex art. 167*, d.lgs. n. 42 del 2004, poi *denegata* con provvedimento 2 novembre 2010, previo *parere negativo* 22 ottobre 2010 della competente commissione edilizia integrata); donde il ricorso introduttivo, proposto per violazione degli artt. 3 e 10-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241, e vizio di motivazione circa la rilevanza volumetrica dell'opera, ritenuta ostativa alla sanatoria; eccesso di potere per travisamento dei fatti e divieto di disapplicazione degli atti, nonché violazione dell'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, essendosi fondata la valutazione negativa solo sulle grandi dimensioni delle travi, elemento, questo, di per sé irrilevante sotto il profilo volumetrico, tanto più trattandosi solo di manutenzione *ordinaria* o, al massimo, *straordinaria*, esclusa ogni necessaria autorizzazione paesistica *ex art. 167*.

Il Comune di Malcesine si costituiva in giudizio e resisteva al ricorso, la cui domanda cautelare veniva *respinta* con ordinanza n. 318/2011, per carenza di adeguato *fumus*, in rapporto al profilo urbanistico-edilizio ed a quello paesaggistico, con successiva *riforma* ad opera della sezione IV di questo Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3114/2011, ravvisante *fumus* e *periculum*, anche in relazione alle esigenze lavorative del Perbellini.

Il primo giudice *respingeva* nel merito il gravame, con sentenza poi *impugnata* dall'interessato soccombente, che sostanzialmente riproponeva le doglianze già dedotte in prime cure, dopo di che, all'esito dell'udienza camerale, la vertenza passava in decisione sulle sole conclusioni del Perbellini, *non essendosi costituito* in giudizio il comune appellato.

## DIRITTO

I) L'appello (basato sull'errore di giudizio ed il vizio di motivazione della gravata pronuncia, nonché sull'eccesso di potere per travisamento e contraddittorietà dell'impugnato diniego con pregressi atti dell'ente locale), è *infondato* e *varespinto* (dovendosi condividere le statuizioni del primo giudice circa un

provvedimento *congruamente motivato* quanto alla rilevanza volumetrica dei manufatti, a seguito dei realizzati interventi), con correlativa sanatoria impossibile, *ex art.* 167 d.lgs. n. 42 del 2004 (salvi i casi di cui alla legge della Regione Veneto 8 luglio 1999, n. 14, estranei alla fattispecie), in rapporto alla sostanziale modificazione strutturale dell'opera, ben priva dei connotati della precarietà e dell'amovibilità che, nel 2001, ne avevano legittimato l'installazione (v. documentazione fotografica comprovante visivamente la trasformazione dell'originario *gazebo* autorizzato in un manufatto non più precario ma connotato da stabilità e solidità).

II) Per di più, le caratteristiche dell'intervento erano già state poste in luce nella *mai impugnata* ordinanza di demolizione 14 giugno 2010, come pure nell'istruttoria svolta dalla p.a. comunale in riferimento all'istanza di sanatoria ed ampiamente comprovante le sue attendibili valutazioni: per l'art. 21-*octies*, legge n. 241 del 1990, non è annullabile l'atto adottato in violazione di norme procedurali ove lo stesso, per la sua natura vincolata, non possa avere un contenuto diverso: nella specie, è indubbio il carattere vincolato del discusso atto di rigetto della domanda di sanatoria (onde l'ininfluenza dell'omessa menzione delle osservazioni formulate dall'interessato).

Ancora, i *gazebo* non proprio precari, ma funzionali a soddisfare esigenze permanenti, vanno considerati come manufatti alteranti lo stato dei luoghi, con un sicuro incremento del *carico urbanistico* (cfr. Cons. Stato, V, 1° dicembre 2003, n. 7822).

III) Nella specie, l'intervento si era estrinsecato nella sostituzione dell'intera struttura portante con grandi travi in legno fisse; il che, insieme alla ripavimentazione ed alla dotazione d'impianto elettrico, climatizzante e sonoro, era stato correttamente valutato dal comune, così tenuto ad emettere il provvedimento poi gravato, in rapporto ad un intervento implicante un'ampliata volumetria o

cubatura e realizzato in area sottoposta a vincolo paesistico e, dunque, non tollerante autorizzazioni postume (consentite solo per i c.d. *abusi minori*, estranei alla fattispecie).

Infine, nemmeno avrebbe potuto ipotizzarsi un caso di manutenzione ordinaria o straordinaria, in presenza di una radicale e complessiva modificazione strutturale del manufatto, volumetricamente significativa e paesisticamente rilevante.

L'appello va, dunque, *respinto*, con salvezza dell'impugnata sentenza, mentre *nulla va disposto* per gli oneri del secondo grado di giudizio, non essendovisi costituito il comune appellato.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione VI, *respinge l'appello* (r.g.n. 7684/2012) e *nulla dispone per gli oneri* del giudizio di secondo grado.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2012, con l'intervento dei giudici:

Giuseppe Severini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)