



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 75 del 2011, proposto da Andrea Perbellini, e difeso dagli avv. Alberto Galice, Riccardo Ruffo e Luigi Carponi Schittar con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia Mestre, via Filiasi, 57;

contro

il Comune di Malcesine, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Giulio Pasquini e Giorgio Pinello, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, San Polo, 3080/L;;

per l'annullamento

del provvedimento comunale di diniego della domanda di permesso di costruire in sanatoria presentata in data 4 agosto 2010 nonché degli atti presupposti, tra i quali il parere della Commissione edilizia integrata del 22.10.2010 n. 98.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2012 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori Ruffo per il ricorrente e Cavallo in sostituzione di Pasquini per il Comune intimato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Andrea Perbellini è proprietario di un ristorante sito nel Comune di Malcesine, in area sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi del d. lgs. n. 42 del 2004 e ricompresa in Z.T.O. B.

B. Con provvedimento prot. n. 451 del 9 febbraio 2001 l'amministrazione comunale ha autorizzato la *“posa di quattro gazebo in legno sulla terrazza di pertinenza”* del ristorante, caratterizzati, secondo quanto illustrato nella relazione tecnica predisposta dal progettista e direttore dei lavori, da una struttura precaria, facilmente smontabile e rimovibile.

C. Successivamente, in data 31 luglio 2006, l'amministrazione comunale ha anche rilasciato il titolo edilizio per l'installazione sul gazebo di serramenti ad impacco laterale in alluminio e vetro.

D. In data 13 gennaio 2009 Andrea Perbellini ha, inoltre, presentato una DIA per la sostituzione del manto di copertura del gazebo.

E. A seguito di una segnalazione, la Polizia Locale ha eseguito, il 26 febbraio 2009, un sopralluogo presso il suddetto ristorante dal quale è emerso che erano in corso di esecuzioni interventi sulla copertura, con sostituzione del telo plastificato di colore bianco con una struttura con travi di legno di grandi dimensioni e non, come invece dichiarato, con materiali in perline di legno e lamiera aggraffata. Sono, inoltre, emersi ulteriori elementi, quali la pavimentazione, la dotazione di impianto elettrico, di climatizzazione e sonoro.

F. L'amministrazione comunale ha, quindi, comunicato al Perbellini, con nota del 25 novembre 2009, l'avvio del procedimento sanzionatorio e, con provvedimento del 14 giugno 2010, ha ingiunto la demolizione delle opere abusive contestate. L'amministrazione, infatti, in considerazione delle caratteristiche dell'intervento e, segnatamente, della consistenza e stabilità della struttura – rilevante anche in termini volumetrici – si è determinata all'irrogazione della sanzione demolitoria, in applicazione sia della disciplina edilizia ed urbanistica sia delle previsioni a tutela del vincolo paesaggistico sussistente sull'area interessata dall'intervento.

G. La suddetta ordinanza non risulta aver mai costituito oggetto di impugnazione. Il Perbellini ha, però, presentato, in data 4 agosto 2010, istanza di sanatoria avente ad oggetto le opere contestate.

H. Con nota del 5 ottobre 2010, l'amministrazione comunale ha comunicato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, individuati nella rilevanza in termini di nuovo volume urbanistico della costruzione, con conseguente preclusione, ai sensi dell'art. 167 del d. lgs. n. 42 del 2004, della possibilità di ottenere la sanatoria.

I. A tale nota ha fatto seguito l'adozione, il 2 novembre 2010, del provvedimento di rigetto dell'istanza di sanatoria, sulla base dei giustificativi già evidenziati nel suddetto atto nonché del parere negativo espresso dalla commissione edilizia integrata nella seduta del 22 ottobre 2010.

L. Il provvedimento di rigetto della domanda di sanatoria e gli atti allo stesso presupposti, tra i quali il parere della commissione edilizia integrata, sono stati impugnati dal Perbellini con il ricorso introduttivo del presente giudizio, con il quale ne è stata dedotta l'illegittimità per:

- violazione dell'art. 10 bis e 3 della l. n. 241 del 1990, a motivo dell'omessa adeguata esplicitazione, sia nel preavviso di rigetto sia nel provvedimento definitivo, dei giustificativi posti a fondamento della determinazione assunta e, nello specifico, della valutazione di rilevanza dell'opera sotto il profilo volumetrico

e della conseguente preclusione della possibilità di sanatoria, in forza delle previsioni dell'art. 167 del d. lgs. n. 42 del 2004;

- eccesso di potere per travisamento dei fatti e divieto di disapplicazione degli atti nonché violazione ed erronea applicazione dell'art. 167 del d. lgs. n. 42 del 2004, giacché la valutazione negativa è stata operata esclusivamente in ragione delle grandi dimensioni delle travi, elemento, questo, di per sé ininfluenza sulla qualificazione dell'opera quale struttura rilevante sotto il profilo volumetrico. Parte ricorrente, inoltre, sostiene che, nella fattispecie, erroneamente l'amministrazione ha proceduto all'applicazione dell'art. 167 del d. lgs. n. 42 del 2004, in quanto l'intervento è da qualificazione in termini di manutenzione ordinaria o straordinaria, con esclusione della necessità dell'autorizzazione paesaggistica.

M. Il Comune di Malcesine si è costituito in giudizio per resistere al gravame, concludendo per la reiezione del ricorso in quanto infondato.

N. Con ordinanza n. 318 del 2011 questa Sezione ha rigettato la domanda cautelare, valutando non sussistente un apprezzabile *fumus*, in specie in considerazione delle caratteristiche dell'intervento, rilevante sia sotto il profilo urbanistico sia in relazione all'applicazione della normativa a tutela del paesaggio.

O. La suddetta ordinanza è stata riformata dalla IV Sez. del Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 3114 del 2011, ha valutato i motivi di appello muniti di apparente fondatezza oltre che sussistente il requisito del *periculum*, anche in relazione all'attività di ristorazione esercitata dal ricorrente.

P. All'udienza del 19 gennaio 2012 i difensori comparsi hanno ribadito le rispettive conclusioni, dopo di che la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso non merita accoglimento.

2. Privo di pregio si palesa il primo motivo di ricorso con il quale la difesa del ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 10 bis e dell'art. 3 della l. n. 241 del

1990, a motivo dell'omessa adeguata esplicitazione, sia nel preavviso di rigetto sia nel provvedimento definitivo, dei giustificativi posti a fondamento della determinazione assunta e, nello specifico, della valutazione di rilevanza dell'opera sotto il profilo volumetrico e della conseguente preclusione della possibilità di sanatoria, in forza delle previsioni dell'art. 167 del d. lgs. n. 42 del 2004.

2.1. Il Collegio rileva, infatti, che il provvedimento gravato reca un adeguato substrato motivazionale, avendo l'amministrazione evidenziato l'incidenza dell'opera, come modificata in esito agli interventi posti essere, sotto il profilo volumetrico e l'impossibilità di procedere alla sanatoria, in considerazione sia della previsione dell'art. 167 del D. Lgs. n. 42 del 2004 sia delle vigenti norme di piano che non prevedono la realizzazione di nuove volumetrie ad esclusione di quelle ammesse dalla l.r. n. 14 del 2009.

2.2. Dalla documentazione versata in atti chiaramente emerge, infatti, la sostanziale modificazione strutturale dell'opera, la quale non presenta affatto i connotati della precarietà ed amovibilità in base ai quali, nel 2001, ne era stata autorizzata l'installazione.

2.2. Nello specifico, sia la documentazione fotografica prodotta sia il rapporto redatto dal Corpo della Polizia Locale (all. 1 e 2 delle produzioni documentali di parte resistente) evidenziano la consistenza dell'intervento eseguito e, nello specifico, la trasformazione dell'originario gazebo autorizzato in un manufatto tutt'altro che precario, connotato da stabilità e solidità.

2.3. Del tutto pretestuose appaiono le argomentazioni con le quali la difesa del ricorrente lamenta di aver avuto conoscenza della valutazione dell'opera dall'amministrazione solo nel corso del presente giudizio; le caratteristiche dell'intervento, infatti, erano già state evidenziate nell'ordinanza di demolizione adottata in data 14 giugno 2010 (all. 6 delle produzioni documentali di parte resistente), la quale non ha mai costituito oggetto di impugnazione e, inoltre, gli

esiti dell'istruttoria svolta dall'amministrazione nel corso del procedimento avviato con la presentazione dell'istanza di sanatoria, ampiamente comprovano la correttezza della qualificazione operata.

2.4. In relazione alla dedotta violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, il Collegio evidenzia che alla stregua dell'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990, non è annullabile l'atto adottato in violazione di norme sul procedimento qualora l'atto stesso, per la sua natura vincolata, non possa avere un contenuto diverso, ed è indubbio il carattere vincolato del provvedimento adottato, di rigetto della domanda di accertamento di conformità.

2.5. Il Collegio osserva, inoltre, che, come affermato dalla consolidata giurisprudenza anche del giudice d'appello, i gazebo che non abbiano carattere di assoluta precarietà ma che siano funzionali a soddisfare esigenze di carattere permanente devono essere apprezzati quale manufatti che determinano una trasformazione del territorio ed un'alterazione dello stato dei luoghi, dando luogo, peraltro, ad un incremento del carico urbanistico (cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7822; T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 06 maggio 2005, n. 172).

2.6. Nella fattispecie oggetto di giudizio, l'intervento si è sostanziato nella sostituzione dell'intera struttura portante con travi in legno fisse e di grandi dimensioni e tale sostituzione, unitamente alle altre circostanze emerse nel corso dell'istruttoria (pavimentazione, dotazione di impianto elettrico, di climatizzazione e sonoro), è stata correttamente valutata dall'amministrazione che, considerando l'opera nel suo complesso, ha legittimamente adottato il provvedimento gravato.

2.7. L'intervento *de quo* è stato infatti realizzato, come sopra esposto, in area sottoposta a vincolo paesaggistico; come evidenziato dalla consolidata giurisprudenza per le opere comportanti un aumento di volumetria o cubatura l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata *ex post*, non rientrando tale

ipotesi tra le fattispecie marginali - i c.d. abusi minori - che eccezionalmente ammettono la sanatoria ambientale in deroga al divieto generale di nulla-osta postumo.

3. Né è possibile ritenere, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente con il secondo motivo di ricorso, che l'intervento in esame sia da qualificare in termini di manutenzione ordinaria o straordinaria.

3.1. Dalle considerazione sopra svolte in ordine alla valutazione ed alla qualificazione dell'opera, emerge, infatti, che l'intervento ha determinato una sostanziale e radicale modificazione strutturale del manufatto, rilevante sotto il profilo volumetrico ed incidente sul contesto circostante tutelato.

In conclusione, il ricorso va, dunque, respinto.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo rigetta.

Condanna Andrea Perbellini alla rifusione delle spese di lite in favore del Comune di Malcesine, liquidandole in € 3.000,00 (tremila/00) per diritti ed onorari, oltre i.v.a. e c.p.a. ed all'importo corrispondente al contributo unificato.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Brunella Bruno, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2012

IL SEGRETARIO

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