



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9541 del 2009, proposto dal signor Claudio Tafuri, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Lamberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, n. 67;

contro

Comune di San Felice Circeo, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

Vittorio Murolo, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Ajello, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Trieste, n. 85;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Lazio – Roma, Sezione I *quater*, n. 9227 del 23 settembre 2009, resa tra le parti, concernente ordinanza di demolizione di una struttura in legno.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Vittorio Murolo;

Vista la memoria difensiva dell'appellante;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il consigliere Giovanni Sabato e uditi, per le parti rispettivamente rappresentate, gli avvocati Abbamonte, su delega di Lamberti, e Zanetti, su delega di Ajello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto davanti al T.a.r. per il Lazio – Roma, Sezione I *quater*, il signor Claudio Tafuri ha impugnato i seguenti atti:

- a) il provvedimento n. 145 del 19/09/2005 a firma del Responsabile del settore urbanistico del Comune di San Felice Circeo che ingiungeva, al signor Claudio Tafuri nella veste di proprietario, la demolizione di *“una struttura in legno di mq. 40 circa avente un'altezza che varia da mt. 2,50 a mt. 2,85 e copertura con teli plastificati”* realizzata sul terrazzo della sua abitazione (si badi, in zona sottoposta a vincolo paesaggistico);
- b) il previo verbale di sopralluogo del Comando dei VV.UU. del 27 luglio 2005.

2. Il signor Tafuri ha dedotto, nel contestare la legittimità di detti atti, la irrilevanza urbanistica delle opere, trattandosi di pergolato, e la mancata instaurazione del previo contraddittorio.

3. Con l'impugnata sentenza – n. 9227 del 23 settembre 2009 – il Tribunale ha così deciso:

- ha respinto l'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* del signor Murolo Vittorio (questo capo della sentenza non è stato impugnato ed è pertanto coperto dal giudicato);
- ha respinto il ricorso;
- ha compensato le spese di lite con l'interventore.

4. In particolare, il Tribunale ha ritenuto quanto segue:

- il sig. Murolo ha rappresentato di essere proprietario del piano terra del manufatto interessato dalle opere abusive contestate, circostanza questa confermata dalla

instaurazione di un giudizio civile concernente proprio il posizionamento della struttura in contestazione;

- l'intervento necessita del rilascio di permesso di costruire, trattandosi *“di una tettoia incidente sulla sagoma della struttura principale, di dimensioni non definibili “modeste” (pari a circa mq. 40), nonché priva – per quanto è dato rilevare - di un collegamento funzionale con il soddisfacimento di esigenze meramente temporanee, la quale – in quanto tale – non può che essere ricondotta nell’ambito di operatività dell’art. 10 del D.P.R. n. 380/01”*;

- non rileva la circostanza che l'opera sia stata realizzata dal precedente proprietario attesa la *“natura permanente e reale”* dell'illecito edilizio e della conseguente sanzione demolitoria;

- è inidoneo il vizio procedimentale prospettato a determinare l'annullamento del provvedimento impugnato in quanto *“non emergono ragioni cui sia riconducibile un diverso contenuto del provvedimento impugnato”*.

5. Avverso tale pronuncia il signor Tafuri ha interposto appello, ritualmente notificato il 17 novembre 2009 e depositato il 27 novembre 2009, articolando tre motivi di gravame (pagine 2-9) nei termini di seguito sintetizzati:

I) il provvedimento di demolizione è affetto da causa di sopravvenuta inefficacia in quanto le opere contestate sono oggetto di domanda di condono edilizio non ancora definita;

II) l'ordinanza impugnata in primo grado andava preceduta dalla comunicazione dell'avvio del

procedimento in considerazione del notevole lasso di tempo trascorso dalla data dell'effettuato sopralluogo e dell'acquisto della proprietà.

III) il Tribunale non ha considerato che l'intervento è costituito dalla installazione di una struttura in legno, amovibile e aperta su tutti i lati, come tale non meritevole della sanzione demolitoria.

6. In data 21 dicembre 2009, si è costituito il signor Murolo Vittorio al fine di resistere evidenziando, *inter alia*, l'estraneità della valorizzata istanza di condono rispetto alle opere oggetto di demolizione.

7. All'udienza pubblica del 21 giugno 2018, dopo che le parti hanno presentato ulteriori difese scritte insistendo per le rispettive conclusioni, la causa è stata riservata in decisione.

8. L'appello non merita accoglimento.

8.1. Osserva preliminarmente il Collegio che sono inammissibili le censure nuove articolate, addirittura in memoria, nel corso del giudizio d'appello nonché i documenti nuovi (nella specie depositati il 10 maggio 2018), siccome in violazione del divieto sancito dall'art. 104, commi 1 e 2, c.p.a.

8.2. Il primo motivo d'appello, col quale si lamenta la sopravvenuta inefficacia dell'ordine demolitorio, si palesa inammissibile proprio perché, non essendo stato articolato in primo grado, risulta proposto in violazione del divieto dei *nova* in appello.

8.3. Infondato è il secondo motivo articolato dall'appellante, col quale si deducono i vizi del difetto di motivazione e della obliterazione delle garanzie procedurali. Come infatti ha avuto modo di rilevare la giurisprudenza di questo Consiglio (in particolare la recente Adunanza plenaria 17 ottobre 2017, n. 9; successivamente si veda la prima applicazione fattane da Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5595 nonché Cons. Stato n. 2799 del 2018), “*l'ordine di demolizione è un atto vincolato ancorato esclusivamente alla sussistenza di opere abusive e non richiede una specifica motivazione circa la ricorrenza del concreto interesse pubblico alla rimozione dell'abuso. In sostanza, verificata la sussistenza dei manufatti abusivi, l'Amministrazione ha il dovere di adottarlo, essendo la relativa ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato compiuta a monte dal legislatore. In ragione della natura vincolata dell'ordine di demolizione, non è pertanto necessaria la preventiva*

comunicazione di avvio del procedimento (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5198), né un'ampia motivazione”.

8.4. Infondato è anche il terzo motivo d'appello, col quale si lamentano il difetto di legittimazione e la irrilevanza urbanistica dell'opera.

8.4.1. Per il primo versante della critica sollevata dall'appellante, vale ancora una volta l'insegnamento giurisprudenziale - confermato di recente dalla menzionata Plenaria 17 ottobre 2017, n. 9 - nel senso che *“Gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato”.*

8.4.2. Per il secondo profilo della critica in esame, che impinge nella rilevanza urbanistica dell'intervento, sovviene ancora una volta il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui tettoie e pensiline, specie se realizzate su terrazzi, rientrano nell'alveo applicativo del regime concessorio (sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2864; 12 dicembre 2016, n. 5108).

Con riferimento specifico al pergolato, questo Consiglio (sentenza sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2701; sez. VI, 25 gennaio 2017, n.306) ha avuto già modo di affermare che lo stesso è una struttura realizzata al fine di adornare e ombreggiare giardini o terrazze, costituita da un'impalcatura formata da montanti verticali ed elementi orizzontali che li connettono ad una altezza tale da consentire il passaggio delle persone. Di norma quindi il pergolato, come struttura aperta su tre lati e nella parte superiore, non richiede alcun titolo edilizio. Di contro, il pergolato stesso, quando sia coperto superiormente, anche in parte, con una struttura non facilmente amovibile, diventa una tettoia, ed è soggetto alla disciplina relativa. Dalla documentazione di causa ed in particolare dai reperti fotografici presenti in atti è dato rilevare che la struttura in questione presenta appunto una copertura che non

assume carattere precario e transitorio di tal che trattasi di un intervento senz'altro asservito a permesso di costruire. Né la fattispecie costruttiva può essere ricondotta alla nozione di "*pergotenda*" atteso che questa "*è qualificabile come mero arredo esterno quando è di modeste dimensioni, non modifica la destinazione d'uso degli spazi esterni ed è facilmente ed immediatamente rimovibile, con la conseguenza che la sua installazione si va ad inscrivere all'interno della categoria delle attività di edilizia libera e non necessita quindi di alcun permesso*" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2014, n. 1777). Ebbene, il manufatto in questione proprio per le sue caratteristiche dimensionali, sfugge al perimetro applicativo della pergotenda e deve pertanto, anche sotto tal profilo, ritenersi asservito al regime del permesso di costruire.

8.5. Nemmeno può configurarsi il divisato vincolo pertinenziale che possa giustificare l'alleggerimento del regime edilizio, in modo da rendere l'intervento estraneo all'alveo applicativo della sanzione demolitoria, in quanto, come evidenziato da questo Consiglio (sez. V, 28 aprile 2014, n. 2196; n. 2864 del 2016 cit.), il concetto di "*pertinenza*", ai sensi e per i fini di cui all' art. 7 D.L. 23 gennaio 1982, n. 9, conv. dalla L. 25 marzo 1982, n. 94, tale da richiedere non già la concessione edilizia, bensì la mera "*autorizzazione*", si differenzia, da un lato, da quello di cui all'art. 817 c.c., che è caratterizzato da un oggettivo nesso funzionale e strumentale tra cosa accessoria e principale, (cioè da un nesso che non consenta, per natura e struttura dell'accessorio, altro uso rispetto alla cosa cui esso inserisce) e, dall'altro, per potersi avere pertinenza è indispensabile che il manufatto destinato ad un uso pertinenziale durevole sia dalle dimensioni ridotte e modeste, per cui soggiace a concessione edilizia la realizzazione di un'opera di rilevanti dimensioni, che modifica l'assetto del territorio e che occupa aree e volumi diversi rispetto alla *res principalis*, indipendentemente dal vincolo di servizio o d'ornamento nei riguardi di essa (circostanza questa che non si verifica nel caso di specie).

9. In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

10. Le spese del presente grado di giudizio, regolate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo, esclusivamente favore del signor Murolo (non essendosi costituito l'intimato comune), tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e dell'art. 26, comma 1, c.p.a., ricorrendone i presupposti applicativi, anche in relazione ai profili di sinteticità e chiarezza, secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di questo Consiglio, sostanzialmente recepita, sul punto in esame, dalla novella recata dal decreto-legge n. 90 del 2014 all'art. 26 c.p.a. [cfr. sez. V, 9 luglio 2015, n. 3462; sez. V, 21 novembre 2014, n. 5757; sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210; sez. V, 26 marzo 2012, n. 1733; sez. V, 31 maggio 2011, n. 3252, cui si rinvia ai sensi degli artt. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a. anche in ordine alle modalità applicative ed alla determinazione della misura indennitaria conformemente, peraltro, ai principi elaborati dalla Corte di cassazione (cfr. da ultimo sez. VI, 2 novembre 2016; sez. VI, 12 maggio 2017, n. 11939)].

11. La condanna dell'appellante, ai sensi dell'art. 26, comma 1, c.p.a. rileva, infine, anche agli effetti di cui all'art. 2, comma 2-*quiquies*, lettere a) e d), della legge 24 marzo 2001, nr. 89, come da ultimo modificato dalla legge 28 dicembre 2015, nr. 208.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 9541/2009), lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore del signor Murolo, delle spese del giudizio che liquida in euro 6.000,00 (ottomila/00), anche ai sensi dell'art. 26, comma 1 c.p.a., oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%).

.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO