

Publicato il 07/06/2021

N. 04336/2021REG.PROV.COLL.

N. 02552/2020 REG.RIC.

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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 2552 del 2020, proposto dalla Tecnogarda s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Baciga e Paolo Stella Richter, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la signora SG, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Coronin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

il Comune di Bardolino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Fratta Pasini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione seconda, n. 67 del 22 gennaio 2020, resa tra le parti, concernente un permesso di costruire e le successive varianti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della signora SG e del Comune di Bardolino;

Visto l'appello incidentale della signora SG;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2021, svoltasi in video conferenza ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, il consigliere Nicola D'Angelo;

Nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La signora SG, proprietaria di un villino nel Comune di Bardolino, in un'area sottoposta a vincolo paesaggistico, confinante con il terreno di proprietà della società Tecnogarda s.r.l., ha impugnato dinanzi al Tar per il Veneto:

- il permesso di costruire del 13 settembre 2017, rilasciato alla stessa società per la realizzazione, in zona B di completamento, di una villa, previa demolizione e ricostruzione di un precedente manufatto con incremento di cubatura ai sensi della disciplina del c.d. piano casa per la Regione Veneto (legge regionale n. 14/2009);
- il permesso in variante del 28 novembre 2017;
- i relativi nulla osta ambientali.

1.1. Con successivi motivi aggiunti ha poi impugnato un secondo permesso in variante del 25 settembre 2018, avente ad oggetto l'ampliamento del piano terra, l'eliminazione della piscina, lo spostamento verso sud del primo piano dell'edificio, nonché il relativo nulla osta ambientale.

1.2. La ricorrente non ha invece impugnato una terza variante del 17 settembre 2019 con la quale sono stati eliminati dal progetto originario taluni inspessimenti interni calcolati utilmente ai fini della volumetria assentibile.

1.3. Nella sostanza, la signora Giuliani ha prospettato i seguenti profili di illegittimità del permesso di costruire e delle sue varianti:

- la violazione dell'art. 3 della legge regionale del Veneto n. 14/2009 e dell'art. 91 del regolamento comunale (sarebbero stati erroneamente computati, ai fini del calcolo della volumetria massima di ampliamento, taluni accessori - piscina e vano scala - e spessori non computabili ai sensi dello stesso regolamento comunale);
- l'eccesso di potere e il difetto di motivazione dell'autorizzazione paesaggistica;
- la violazione dell'art. 9 del D.M. n. 1444/1968 (l'edificio si sarebbe collocato ad una distanza di soli m. 1,5 da un muro di contenimento di terrapieno artificiale);
- la violazione dell'art. 3 della legge regionale del Veneto n. 14/2009 e dell'art. 91 del regolamento comunale (sarebbero stati erroneamente computati, ai fini del calcolo della volumetria massima di ampliamento, taluni accessori - piscina e vano scala - e spessori non computabili ai sensi dello stesso regolamento comunale);
- la mancata effettuazione di una nuova perizia geologica a seguito delle modificazioni apportate al progetto originario.

2. Il Tar, con la sentenza indicata in epigrafe, dopo aver rilevato che la variante del 17 settembre 2019 ha reso improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le censure concernenti l'eccesso di volumetria assentita, ha ritenuto infondato il profilo di gravame relativo al difetto di motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche, quello incentrato sulla necessità di una nuova perizia geologica e la censura relativa alla mancanza dei presupposti per concedere i

benefici volumetrici del c.d. paino casa (capo non impugnato); ha invece accolto il secondo motivo del ricorso introduttivo, identico al terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, con il quale è stata lamentata la violazione delle distanze prescritte dall'art. 9 D.M. n. 1444/1968 (in concreto, per il giudice di primo grado il muro posto sul confine tra i fondi della ricorrente e della società Tecnogarda, con un'altezza di m. 1,50 e una parziale funzione di contenimento del dislivello di circa 30 cm sussistente tra le due proprietà, doveva ritenersi equiparato ad una parete in senso tecnico-giuridico agli effetti delle distanze legali).

2.1. Lo stesso Tribunale ha quindi ordinato al Comune di rinnovare l'istruttoria e compensato tra le parti le spese di lite.

3. La società Tecnogarda ha impugnato i capi della suddetta sentenza relativi ai motivi accolti dal Tar ed in particolare quelli relativi alla violazione delle distanze legali articolando i seguenti mezzi di gravame.

3.1. Erronea valutazione dei fatti – Omessa valutazione di emergenze istruttorie rilevanti.

3.1.1. Secondo parte appellante, la sentenza impugnata ha erroneamente affermato che l'Amministrazione non avrebbe valutato la natura artificiale o naturale del dislivello esistente tra i fondi oggetto di controversia perché il muro che li divide non sarebbe stato riportato negli elaborati grafici prodotti dalla Tecnogarda. La stessa società aveva invece allegato la tavola tecnica che riproduce in prospetto e in sezione il muro in discussione, nonché le quote del terreno in confine tra le due proprietà, unitamente all'istanza che il Comune di Bardolino ha esaminato ai fini del rilascio del permesso di costruire in variante n. 62/15/05 del 25 settembre 2018.

3.1.2. L'Amministrazione non aveva, pertanto, rilevato elementi che inducessero a ritenere che il terreno di proprietà Giuliani fosse stato alterato con la realizzazione di un terrapieno e che il muro di confine avesse natura e funzione di muro di fabbrica, considerati sia il dislivello minimo tra le due superfici, pari a soli cm. 30, sia la collocazione delle stesse sul fronte della medesima collina in pendenza verso il bacino del Lago di Garda.

3.2. Erronea valutazione dei fatti e della documentazione dimessa in atti.

3.2.1. Il Tar ha annullato i permessi di costruire considerando fondate le prospettazioni della ricorrente circa la realizzazione di un terrapieno dello spessore di oltre un metro a ridosso del confine. In realtà, evidenzia l'appellante, il muro di contenimento sarebbe stato realizzato per livellare il terreno scosceso tra le due proprietà e creare spazi piani più comodamente utilizzabili. Inoltre, il giudice di primo grado non avrebbe valutato la realizzazione del muro in epoca anteriore all'edificazione dell'abitazione dell'appellata e l'assetto viario documentato, entrambe elementi istruttori convergenti nell'attribuire al muro di confine la funzione di sostegno del dislivello naturale del terreno, del tutto coerente con il naturale ed immutato declivio delle due strade laterali.

3.3. Erronea applicazione dell'art. 873 c.c. e dell'art. 9 del DM 2 aprile 1968 n. 1444.

3.3.1. La sentenza impugnata ha fatto riferimento ad una giurisprudenza in tema di costruzione e di distanza di cui agli articoli 873 del cod. civ. e 9 del DM n. 1444/1968 applicata ai muri di confine senza tuttavia considerare, secondo la società appellante, che per costruzione, ai fini e per gli effetti dell'art. 873 c.c., si dovrebbe intendere ogni opera edilizia di notevole consistenza e solidità che si eleva apprezzabilmente dal suolo o comunque una vera e propria parete finestrata.

3.3.2. Nel caso di specie, dunque un dislivello di soli 30 centimetri di terra, conseguente alla realizzazione di un muro di confine tra due fondi con terreno in pendenza, non potrebbe pregiudicare né l'interesse pubblico finalizzato ad assicurare la salubrità degli immobili, né quello concorrente diretto ad assicurare l'ordinato sviluppo dell'edilizia.

4. La signora SG si è costituita in giudizio il 30 marzo 2020, chiedendo il rigetto del ricorso, ed ha poi depositato il 15 maggio 2020 un appello incidentale con il quale ha censurato la sentenza di primo grado limitatamente alla pronuncia di cessazione della materia del contendere relativa al dedotto eccesso di volumetria e al rigetto del motivo d'impugnazione con il quale era stata eccepita la mancata riformulazione della relazione geologica ritenuta necessaria in conseguenza dell'avvicinamento dei due corpi di fabbrica assentiti.

5. La società appellante ha depositato ulteriori memorie il 19 e il 26 maggio 2020, mentre la parte appellata ha depositato una memoria il 25 maggio 2020.

6. Il Comune di Bardolino si è costituito in giudizio il 25 maggio 2020, aderendo all'appello proposta dalla società Tecnogarda.

7. Il 26 maggio 2020 l'appellata ha poi depositato un'istanza di rinvio della discussione della controversia in sede cautelare, fissata per il 28 maggio 2020.

8. Nella stessa camera di consiglio, con ordinanza cautelare n. 3027 del 29 maggio 2020, questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso principale, con la seguente motivazione: *“Considerato che: a) le censure poste a sostegno dell'appello principale meritano di essere approfondite alla luce dei principi espressi dalla Sezione (n.706 del 2018; n. 3510 del 2016) più fedeli alla lettura della norma sancita dall'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968; b) il bilanciamento dei contrapposti interessi è assicurato dalla fissazione della udienza pubblica ex artt. 55, comma 10, e 98 c.p.a.; c) conseguentemente non è necessario dare seguito all'istanza di rinvio presentata dalla parte appellante”*.

9. La società appellante e l'appellata hanno depositato documenti rispettivamente il 5 gennaio 2021 e il 4 marzo 2021.

10. L'appellante, l'appellata ed il Comune hanno depositato memorie il 15 marzo 2021 e repliche il 25 marzo 2021. In particolare, nelle memorie della società appellante e del Comune è stata eccepita l'inammissibilità della memoria e della documentazione depositata dall'appellata il 25 maggio 2020 e il 4 marzo 2021.

11. L'appellata ha infine depositato note di udienza, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge n. 28 del 2020, così come integrato dall'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, il 14 aprile 2021.

12. La causa è stata trattenuta in decisione, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, nella camera di consiglio tenutasi in video conferenza il 15 aprile 2021.

13. Preliminarmente, il Collegio rileva che a seguito dei profili dedotti nell'appello principale e in quello incidentale è riemerso in gran parte il *thema decidendum* del giudizio di primo grado. Tale circostanza dunque perimetra necessariamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a., sicché, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo le indicazioni affermate dalla decisione della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, il Collegio prende direttamente in esame gli originari motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020 con motivazione anche su esclusione profili revocatori).

13.1. D'altra parte, devono ritenersi inammissibili le censure proposte nelle diverse memorie, attesa la natura illustrativa delle stesse (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 2319 del 2020).

14. Conseguentemente, sempre in via pregiudiziale, in accoglimento delle pertinenti eccezioni di controparte, vanno dichiarate inammissibili sia le censure proposte per la prima volta in memoria e in grado di appello dall'appellata il 25 maggio 2020, sia le produzioni documentali della stessa in data 4 marzo 2021, non essendo stata provata la causa non imputabile che, ex art. 104 comma 2, c.p.a., avrebbe impedito all'appellata di acquisire tali documenti in prime cure (arg. da Cons. Stato, sez. IV, n. 8297 del 2020, n. 3844 del 2020 e n. 3509 del 2016).

14.1. Deve parimenti ritenersi inammissibile, e comunque inconferente rispetto al *thema decidendum* di primo grado, la produzione documentale effettuata dalla società appellante in data 5 gennaio 2021.

15. Ciò premesso, l'appello principale è fondato.

16. Il ricorso introduttivo del giudizio ed i motivi aggiunti sono stati proposti in primo grado dall'appellata con riferimento all'eccesso di volumetria realizzata dalla Tecnogarda (anche in relazione alla disciplina regionale sul Piano Casa), al difetto di istruttoria e di motivazione dei nulla osta ambientali, alla necessità di una nuova perizia geologica (a seguito delle modificazioni apportate all'originario progetto assentito), al difetto di motivazione ed istruttoria in cui sarebbe incorso il Comune sulla natura giuridica (recinzione o muro di contenimento del dislivello artificiale) del muro (alto 1,5 metri) ubicato a confine nella proprietà dell'appellata, posta ad un livello altimetrico superiore (minimo, circa 30 cm.) rispetto al fondo Tecnogarda (in sostanza, con violazione delle distanze prescritte dall'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968, perché il muro di contenimento avrebbe dovuto essere apprezzato, ai fini dell'art. 9 cit., quale vera e propria parete, con la conseguenza che la nuova costruzione nel lotto Tecnogarda, avrebbe dovuto rispettare la distanza di 10 metri).

17. Il Tar di Venezia, con la sentenza impugnata:

- ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse le censure (terzo motivo ricorso principale) in cui si lamenta l'eccesso di volumetria realizzata, a cagione della omessa impugnativa del terzo permesso in variante che tale incremento aveva cristallizzato;
- ha respinto le censure articolate con il primo motivo (del ricorso principale e dell'atto di motivi aggiunti) avverso i due nulla osta ambientali;
- ha respinto il motivo aggiunto incentrato sulla necessità di una nuova perizia geologica dopo le varianti, perché ha ritenuto le stesse prive di effettivo rilievo geologico;
- ha respinto le censure incentrate sulla mancanza dei presupposti per concedere i benefici volumetrici recati dalla disciplina regionale sul c.d. Piano Casa;
- ha accolto la censura (di cui al secondo motivo ricorso principale e terzo dei motivi aggiunti) incentrata sul difetto di motivazione ed istruttoria in cui sarebbe incorso il Comune sulla natura giuridica del muro posto a confine della proprietà dell'appellata in quanto sarebbe stata configurabile una violazione delle distanze ex art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968, perché il muro di contenimento avrebbe dovuto essere considerato quale vera e propria parete, con conseguente rispetto da parte della nuova costruzione della distanza di 10 metri.

18. L'appello proposto da Tecnogarda, che si concentra sull'unico motivo accolto dal Tar sulle distanze, è quindi affidato a tre profili di censura. Con i primi due la società appellante contesta sia il difetto di istruttoria in cui sarebbe incorso il Comune nella esatta valutazione della situazione dei luoghi, sia il carattere di contenimento del muro a confine con la proprietà dell'appellata. Con il terzo motivo contesta poi il principio di diritto applicato dal Tar per sostenere la riscontrata violazione delle distanze legali, invocando invece quello opposto secondo cui il limite sulle distanze troverebbe applicazione, in base alla lettera della legge (art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968) solo quando vengono in rilievo pareti di cui almeno una finestrata ma non avuto riguardo a muri di contenimento.

19. I motivi di appello, che stante l'intima connessione possono essere congiuntamente esaminati, sono fondati.

19.1. La tesi del Tar di configurare il muro a confine di cui è causa come una parete in senso tecnico-giuridico agli effetti delle distanze legali non può essere condivisa. Tale interpretazione, oltre ad andare contro il tenore testuale del citato art. 9, è anche disallineata con le disposizioni legislative successive di cui all'art. 5 d.l. n. 32 del 2019, convertito nella legge n. 55 del 2015, che ha anche riformulato l'art.-2-bis del TU edilizia e previsto che i limiti delle distanze previsti dal comma 2 e 3 dell'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 valgono solo per le zone C (zona in esame è invece di completamento).

19.2. Inoltre, le conclusioni del giudice di primo grado risultano contraddette da ultimo anche dal Consiglio di Stato (cfr. sentenza sez. IV, n. 1841 del 2021) che ha affermato che ai fini del computo della distanza di cui all'art. 9 rilevano solo le pareti di edifici di cui una finestrata e non i muri di contenimento.

19.3. In particolare, l'art. 9, comma 1, n. 2, cit., prescrive per i nuovi edifici la distanza minima assoluta di dieci metri tra le pareti finestrate e pareti di edifici antistanti, mentre l'art. 873 c.c. dispone che le costruzioni su fondi finitimi, se non sono unite o aderenti, devono essere tenute a distanza non minore di tre metri e che nei regolamenti locali può essere stabilita una distanza maggiore.

19.4. In concreto, le distanze legali previste dal regolamento edilizio e dal sovraordinato d.m. n. 1444 del 1968 rispondono a una differente esigenza di tipo pubblicistico connessa alla tutela e al rispetto del decoro e della sicurezza di chi occupa gli edifici antistanti tutela e al rispetto del decoro e della sicurezza di chi occupa gli edifici antistanti. Le distanze fissate dal più volte menzionato art. 9 sono perciò coerenti con il perseguimento dell'interesse pubblico e non già con la tutela del diritto dominicale dei proprietari degli immobili finitimi alla nuova costruzione, tutela che è invece assicurata dalla disciplina predisposta, anche in tema di distanze, dal codice civile.

19.5. In questo quadro, la violazione del citato art. 9 sussiste solo se si tratti di distanze da muri nei quali vi siano delle aperture di qualsiasi genere verso l'esterno (cfr. Cass. civ., ordinanza 19 febbraio 2019, n. 4834; Cons. Stato, Sez. IV, n. 706 del 2018 e n. 3510 del 2016, già richiamate nella citata ordinanza cautelare n. 3027 del 2020).

19.6. Con la conseguenza che, a tal fine, non può dunque essere considerata come costruzione rilevante (cfr. Cass. civ., sez. II, n.14710 del 2019) un muro che abbia la funzione di delimitare il fondo e di sostegno e contenimento del declivio naturale (nello specifico, il muro in questione si colloca sull'andamento in pendenza tra le due proprietà che risulta coerente ed in linea con quello della viabilità - via Galvani - con una differenza di quota di 0,30 metri).

20. Quanto all'appello incidentale proposto dalla signora Giuliani, in relazione all'improcedibilità delle censure relative al calcolo delle superfici e al rigetto dei motivi in ordine alla necessità, dopo le varianti, di una nuova perizia geologica, va rilevato che:

- il Tar non ha dichiarato la cessata materia del contendere, ma l'improcedibilità del motivo sull'eccesso di cubatura perché il terzo permesso in variante del 17 novembre 2019 ha consolidato gli aumenti volumetrici e non è stato impugnato, per cui l'annullamento dei precedenti permessi non avrebbe determinato alcun giovamento all'appellata;
- una nuova perizia geologica, come rilevato dal Tar, non si è resa necessaria in quanto le modifiche apportate non sono state sostanziali (la natura e la capacità portante del terreno, nonché le condizioni idrogeologiche e sismiche dell'area d'intervento, sono rimaste invariate).

21. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, va respinto *in toto* il ricorso principale ed i motivi aggiunti proposti in primo grado.

22. Va di conseguenza respinto l'appello incidentale proposto dalla signora Giuliani.

23. Le spese del doppio grado di giudizio, in ragione della novità e della complessità della questione, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso (n. 255272020), come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'appello principale;
b) respinge l'appello incidentale;
c) per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, respinge *in toto* il ricorso principale ed i motivi aggiunti proposti in primo grado.

Compensa integralmente fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso dal Consiglio di Stato nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021, svoltasi da remoto in audio conferenza, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO