



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 numero di registro generale 3246 del 2019, proposto da Johann Holzer e Irmgard Niederegger, rappresentati e difesi dagli avvocati Salvatore Alberto Romano e Meinhard Durnwalder, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile, n. 11;

contro

Comune di Selva dei Molini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Werner Kirchler, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maurizio Calò in Roma, via Cassiodoro, n. 19;

nei confronti

Albert Unterhofer, Zázilia Unterhofer e Markus Unterhofer, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 41/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Selva dei Molini;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2023 il Cons. Giovanni Pascuzzi. Nessuno è comparso per le parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso del 2019 i signori Johann Holzer e Irmgard Niederegger hanno chiesto al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano l'annullamento:

- della concessione edilizia n. 15, del 15.5.2016, del Comune di Selva dei Molini comprensiva del relativo parere positivo della Commissione edilizia del Comune di Selva dei Molini del 27.4.2016;

- di ogni ulteriore atto collegato, precedente e successivo al provvedimento impugnato, laddove pregiudizievole per la posizione dei ricorrenti.

2. I ricorrenti riportavano le seguenti circostanze in punto di fatto:

- i ricorrenti sono entrambi proprietari di metà della p.ed. 163 P.T. 103/II C.C. Lappago, proprietà indivisa;

- la p.ed. 180 P.T. 174/II C.C. Lappago, direttamente e materialmente confinante, è di proprietà tavolare (per metà, proprietà indivisa) dei coniugi Albert Unterhofer e Zäzilia Unterhofer ovvero del figlio Markus Unterhofer;

- le due particelle edilizie, dal punto di vista urbanistico, sono situate in due zone residenziali diverse per le quali è prescritta l'elaborazione di un piano di attuazione, ovvero la p.ed. 163 nella zona residenziale C1 "Kaimbl I" e la p.ed. 180 della zona residenziale C3 "Kaimbl II";

- con deliberazione n. 53/A dell'11/02/2014 il Comune di Selva dei Molini, su richiesta dei proprietari della zona di attuazione "Kaimbl II", ha autorizzato l'aumento dell'indice di densità edilizia della zona da 1,6 m³ a 2,2 m³. Sulla base di tale autorizzazione i proprietari della p.ed. 180 C.C. Lappago hanno potuto realizzare una cubatura aggiuntiva di 567 m³ (in aggiunta alla cubatura esistente di 1.436 m³);
- in seguito alla richiesta di Albert Unterhofer, Zäzilia Unterhofer e Markus Unterhofer il Comune di Selva dei Molini, con concessione edilizia n. 43, dell'11/08/2015, ha approvato l'ampliamento e il risanamento energetico della parte anteriore della p.ed. 180 C.C. Lappago con ampliamento dell'edificio esistente;
- nel mese di giugno 2014 Albert Unterhofer, Zäzilia Unterhofer e Markus Unterhofer hanno iniziato ad effettuare lavori di risanamento energetico anche nella parte posteriore dell'edificio esistente sulla p.ed. 180, apportando un nuovo isolamento termico compresa l'intonacatura;
- inoltre Albert Unterhofer, Zäzilia Unterhofer e Markus Unterhofer, sulla p.f. 205/1 di proprietà del Comune di Selva dei Molini (v. all. 5 e 6), confinante con le pp.edd. 163 e 180, hanno realizzato un nuovo muro di sostegno e di confine e dietro hanno eseguito lavori di riporto e realizzato l'accesso a un garage;
- secondo quanto indicato dall'Ufficio tecnico del Comune di Selva dei Molini, detti lavori edili sono riconducibili a una concessione edilizia in variante dei proprietari della p.ed. 180 Albert Unterhofer, Zäzilia Unterhofer e Markus Unterhofer;
- con nota del 18/07/2016 i ricorrenti hanno chiesto al Comune di Selva dei Molini di annullare detta concessione edilizia in variante e disporre il ripristino dello stato originario;

- con lettera di risposta del 26/07/2016, pervenuta il 02/08/2016, il Comune di Selva dei Molini si è espresso come segue: «1) *La concessione edilizia n. 15 del 05/05/2016 riguarda un risanamento energetico con ampliamento. L'approvazione dell'isolamento termico aggiuntivo si basa tra l'altro sull'art. 127 c. 6 della LUP n. 13/97, secondo cui agli edifici esistenti, in deroga agli standard e alle disposizioni in materia di urbanistica, è possibile apportare un isolamento termico di al massimo 20 cm. La deroga può essere pienamente sfruttata dai due edifici limitrofi. 2) Per quanto riguarda il confine tra la p.ed. 163 e la p.ed 180 C.C. Lappago, i privati proprietari hanno convenuto che il margine lato ovest del muro di confine rappresenta la delimitazione tra le due particelle. Ne deriva la conseguenza logica che anche più a sud il confine tra la p.f. 205/1 (proprietà del Comune) e la p.ed. 180 (proprietà della fam. Unterhofer) è formato dal margine lato ovest del muro. E infatti nel progetto di variante approvato dal Comune tale linea di confine è stata inserita quale "confine concordato". Allo stesso tempo nel progetto di variante, anche nella curva stradale, è stata inserita una nuova linea come "confine concordato" nettamente favorevole al Comune. In occasione della presentazione del progetto di variante, i privati proprietari fam. Unterhofer si sono dichiarati d'accordo con tale precisazione, che, in seguito alla concessione edilizia, è stata accettata anche dal Comune»;*

- con nota del 18/08/2016 i ricorrenti hanno richiesto, e in seguito ottenuto, l'accesso a tutti gli atti e documenti di progetto relativi alla concessione edilizia in variante per l'ampliamento e il risanamento energetico della p.ed. 180 C.C. Lappago e a tutti i documenti associati, nonché l'emissione di copie degli stessi;

- in particolare, dalla documentazione pervenuta, non risultava che la linea di edificazione fosse stata precedentemente modificata attraverso la modifica del piano di attuazione ovvero normativo della zona di ampliamento "Kaimbl II", come contestato dai ricorrenti;

- inoltre non risultava nemmeno che il Comune di Selva dei Molini avesse precedentemente emanato un regolamento relativo all'occupazione di parte della p.f. 205/1.

3. A fondamento della richiesta di annullamento della concessione edilizia n. 15 del 15/05/2016 del Comune di Selva dei Molini, venivano formulati i seguenti motivi di ricorso:

I. 1. Violazione ovvero falsa applicazione degli articoli 30, 32, 34-*bis*, 38, 39 e 127 della legge urbanistica provinciale 11.8.1997, n. 13, del piano di attuazione e del piano normativo per la zona di ampliamento C3 "Kaimbl II", approvati con delibera di Giunta provinciale 21.12.1987, n. 7789 e delibera di Giunta comunale del 2.10.1987, delle norme di attuazione al piano urbanistico del Comune di Selva dei Molini, approvate con le delibere consiliari di Selva dei Molini n. 2 del 15.3.2002 e n. 14 del 3.6.2002 e con delibera di Giunta provinciale n. 577 del 24.2.2003 e riconfermate con delibera consiliare n. 45 del 20.12.2012, nonché dell'art. 873 c.c. e dell'art. 9 del d.m. 1444/1968. Violazione di legge. Eccesso di potere. Motivazione omessa ovvero insufficiente.

Si sosteneva che la realizzazione del cappotto comprensivo di intonaco per uno strato complessivo di 12 cm violerebbe il limite di edificabilità previsto dal piano di attuazione e le distanze fra gli edifici ed i confini.

II. Violazione ovvero errata applicazione dell'art. 70 della legge urbanistica provinciale 11.8.1997, n. 13, dell'art. 26 del testo unico d.p.reg. 01.02.2005, n. 3/L e successive modifiche e integrazioni, del piano di attuazione e del piano normativo per la zona di espansione C3 "Kaimbl II", approvato con delibera della Giunta provinciale 21.12.1987, n. 7789 e delibera della Giunta comunale 02.10.1987. Incompetenza. Violazione di legge. Eccesso di potere. Motivazione omessa ovvero insufficiente.

4. Si costituiva in giudizio il Comune di Selva dei Molini sostenendo l'inammissibilità del ricorso per tardività nonché l'infondatezza nel merito dello stesso.
5. Con sentenza n. 41/2019 il Trga ha dichiarato irricevibile il ricorso per scadenza dei termini di notifica.
6. Avverso la citata sentenza hanno proposto appello i signori Johann Holzer e Irmgard Niederegger per i motivi che saranno più avanti esaminati.
7. Si è costituito il giudizio il Comune di Selva dei Molini chiedendo che l'appello venga dichiarato inammissibile, irricevibile o comunque infondato.
8. All'udienza del 15 giugno 2023 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Dopo aver censurato la sentenza del Trga per aver considerato irricevibile il ricorso proposto in primo grado per scadenza dei termini di notifica, gli appellanti ripropongono i motivi che il primo giudice ha considerato assorbiti.

Conviene partire dall'analisi di questi ultimi.

2. Gli appellanti lamentano: Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 30, 32, 34-*bis*, 38, 39 e 127 della legge urbanistica provinciale dd. 11.08.1997, n. 13, del piano d'attuazione e del piano normativo della zona d'espansione C3 "Kaimbl II", approvato con deliberazione della Giunta Provinciale dd. 21.12.1987, n. 7789 e deliberazione del Consiglio Comunale dd. 02.10.1987, delle norme d'attuazione del piano urbanistico del Comune di Selva dei Molini, approvato con deliberazione del Consiglio Comunale dd. 15.03.2002, n. 2 e dd. 03.06.2002, n. 14 e deliberazione della Giunta Provinciale dd. 24.02.2003, n. 577 e confermato nuovamente con deliberazione del Consiglio Comunale dd. 20.12.2012, n. 45, nonché dell'art. 873 c.c. e dell'art 9. del D.M. n. 1444/1968. Violazione di legge. Eccesso di potere. Assenza e/o insufficienza di motivazione

Gli appellanti sostengono che:

- con la concessione edilizia di variante n. 15 del 15.05.2016 per cui è causa, il Comune di Selva dei Molini ha approvato il risanamento energetico della parte posteriore dell'edificio p.ed. 180 C.C. Lappago di proprietà dei signori Albert Unterhofer e Zázilia Unterhofer e del loro figlio Markus Unterhofer mediante l'apposizione di un isolamento termico che comporta la violazione delle distanze dal confine e tra gli edifici (nelle zone residenziali del tipo C la distanza dai confini è prevista in 5 m e la distanza dagli edifici in 10 m) oltre che a violazione della linea di costruzione della zona residenziale di cui in parola;
- nella propria lettera del 26.07.-02.08.2016 il Comune di Selva dei Molini giustifica il rilascio del permesso di costruire con l'applicazione dell'art. 127, comma 6, della legge provinciale 13/1997. Tuttavia, tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da parte della Consulta e, pertanto, non può essere posta alla base di un provvedimento amministrativo. Infatti, con la sentenza del 7 maggio 2012, n. 114 la Corte Costituzionale ha ribadito che l'art. 9 del D.M. 2 aprile 1968, n. 1444 e le distanze ivi previste hanno un'efficacia precettiva ed inderogabile e che le deroghe introdotte con l'art. 127, commi 6 e 7, della legge provinciale 11 agosto 1997, n. 13 sono da considerarsi incostituzionali per violazione dell'art. 117, comma 2, lettera l), Cost;
- l'autorizzazione concessa si pone anche in palese contrasto con gli strumenti urbanistici adottati dal medesimo Comune di Selva dei Molini;
- nel caso concreto le norme d'attuazione del piano regolatore del Comune di Selva dei Molini, approvato con le deliberazioni del Consiglio comunale n. 2, dd. 15.03.2002 e n. 14 dd. 03.06.2002 e con deliberazione della Giunta Provinciale n. 577 dd. 24.02.2003 e riconfermato con la deliberazione del Consiglio comunale n. 45, dd. 20.12.2012, prevedono per la zona residenziale del tipo C una distanza minima dai confini di 5 m ed una distanza minima tra gli edifici di 10 m;

- il piano d'attuazione ed il piano normativo della zona d'espansione C3 "Kaimbl II", approvato con deliberazione della Giunta Provinciale dd. 21.12.1987, n. 7789, non prevedono eccezioni o deroghe al riguardo;
- le norme d'attuazione di cui sopra non hanno, sino ad oggi, subito modifiche, così come il piano attuativo. Pertanto, è evidente che senza una modifica delle norme di attuazione del PUC e del Piano attuativo che regola la zona non sarebbe in ogni caso possibile rilasciare una concessione edilizia che non rispetti le suddette distanze.

2.1 Il motivo non può essere accolto.

Con l'impugnata concessione edilizia n. 15 del 05.05.2016 il Comune di Selva dei Molini ha autorizzato l'apposizione di un isolamento termico integrale con intonaco nella misura di 12 cm sul lato posteriore dell'esistente edificio, individuato dalla p.ed. 180 C.C. Lappago.

Effettivamente, come ribadito dagli appellanti, la Corte costituzionale con sentenza n. 114/2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 127, comma 6 della legge urbanistica provinciale (L.P. n. 13/1997) per violazione dall'art. 9 del D.M. n. 1444/1968, e dunque per violazione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. l Cost.).

Si deve però considerare che l'art. 14, comma 7, del d.lgs. 102 del 04.07.2014 (in materia di efficienza energetica) ha stabilito che entro i limiti del maggior spessore delle murature esterne e degli elementi di chiusura superiori ed inferiori, necessario per ottenere una riduzione minima del 10 per cento dei limiti di trasmittanza previsti dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, è permesso derogare, nell'ambito delle pertinenti procedure di rilascio dei titoli abitativi di cui al titolo II del d.p.r. 380/2001, a quanto previsto dalle normative nazionali, regionali o dai regolamenti edilizi comunali, in merito alle distanze minime tra edifici, alle distanze minime dai confini di proprietà, alle distanze minime di protezione del nastro

stradale e ferroviario, nonché alle altezze massime degli edifici (cfr. Cassazione civile , sez. II , 18/06/2020 , n. 11845: L'art. 14 d.lgs. 102/2014 e l'art. 11 d.lgs. 115/2008 prevedono che in relazione agli interventi di riqualificazione energetica degli edifici che comportino aumenti di spessore delle pareti esterne si possa, entro certi limiti, derogare alle distanze degli edifici dai confini, alla condizione, però, che l'intervento sia tale da ottenere una riduzione minima del dieci per cento dei limiti di trasmittanza previsti dal d.lgs. 192/2005 e successive modificazioni).

Tale norma è applicabile alla Provincia di Bolzano proprio alla luce della citata sentenza della Consulta.

Si consideri, inoltre, che il Decreto del Presidente della Provincia di Bolzano n. 24 del 26 giugno 2020 (Regolamento in materia edilizia), che all'art. 2, comma 1, lett. u) prevede che *«In caso di realizzazione di opere per l'isolamento termico degli edifici esistenti, trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102, e successive modifiche»*.

Nella memoria difensiva, gli appellanti sostengono che il richiamo all'art. 14, comma 7 del d.lgs. 102 del 04.07.2014 costituirebbe un'inammissibile motivazione postuma.

La tesi non può essere accolta.

Come chiarito da Cons. Stato, sez. IV, 10/02/2023, n. 1459, ferma restando la centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa, il divieto di integrazione in sede processuale della motivazione da parte della P.A. non ha carattere assoluto; è il caso degli atti di natura vincolata di cui all' art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990, nei quali l'Amministrazione può dare in giudizio la dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto.

La concessione edilizia ha natura tendenzialmente vincolata. Di certo è vincolata la verifica dei presupposti per il rilascio: alla luce della normativa vigente, il titolo

edilizio doveva essere rilasciato agli istanti per quel che atteneva la disciplina sulle distanze.

Ne deriva che il richiamo all'art. 127, comma 6 della legge n. 13/1997 non può integrare un vizio motivazionale idoneo a portare all'annullamento del titolo edilizio, trattandosi semmai di una mera irregolarità non invalidante ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990.

3. Gli appellanti lamentano inoltre: Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 70 della legge urbanistica provinciale dd. 11.08.1997, n. 13, dell'art. 26 del testo unico D.P.Reg. 01.02.2005, n. 3/L (attuale art. 49 del Codice degli Enti Locali della Regione Trentino Alto Adige), del piano d'attuazione e piano normativo della zona di espansione C3 "Kaimbl", approvato con la deliberazione della Giunta Provinciale dd. 21.12.1987, n. 7789 e la deliberazione del Consiglio Comunale dd. 02.10.1987; mancata competenza, violazione di legge, eccesso del potere, assenza e/o insufficienza di motivazione.

Gli appellanti sostengono che:

- nell'ambito della concessione edilizia di variante n. 15 dd. 15.05.2016 è stata anche approvata la costruzione di un muro di sostegno, nuovo muro di confine, oltre a lavori di interrimento e realizzazione dell'ingresso di garage che insistono sulla p.f. 205/1 di proprietà comunale senza alcun titolo idoneo a permettere tale costruzione;
- nella propria lettera del 26.07.-02.08.2016 il Comune di Selva dei Molini afferma che nel progetto di variante è stato inserito un nuovo confine ed i controinteressati hanno accettato i nuovi confini con la presentazione del progetto ed il Comune l'ha accettata con il rilascio della concessione edilizi;
- tale assunto è chiaramente illegittimo e privo di fondamento giuridico;

- un nuovo confine si pone in essere attraverso la vendita o la permuta del terreno, mentre la presentazione di un progetto in variante ed il rilascio di una concessione edilizia non sono strumenti giuridici idonei a spostare i confini di due terreni;
- dall'accesso agli atti è risultato che non sussiste alcun titolo giuridico al riguardo;
- in ogni caso la competenza in merito spetta al Consiglio comunale (cfr. art. 26 del testo unico D.P.Reg. 01.02.2005, n. 3/L'attuale art. 49 del Codice degli Enti Locali della Regione Trentino Alto Adige);
- di fatto, nell'ambito del rilascio di una concessione edilizia, il Sindaco e la Commissione edilizia comunale devono controllare la conformità del progetto alle previsioni urbanistiche vigenti, ma non sono certamente competenti ad attribuire la proprietà o l'uso di beni immobili comunali ad un privato;
- il Comune di Selva dei Molini prosegue sostenendo anche che al regolamento dei suddetti confini non è mai seguito nel libro fondiario e nel registro catastale alcun atto e, pertanto, la regolamentazione dei confini non inficia la proprietà del Comune;
- le conclusioni a cui giunge l'Amministrazione comunale sono del tutto prive di fondamento giuridico;
- di fatto un privato non può occupare senza titolo un terreno comunale; inoltre non può essere autorizzato un progetto che prevede la costruzione di un muro su un terreno altrui di cui il privato non abbia la disponibilità, né un titolo idoneo a consentirgli la costruzione;
- nella documentazione trasmessa dall'Amministrazione comunale a seguito della richiesta di accesso agli atti è emersa chiaramente la questione sopra riportata ossia la mancanza di qualsiasi titolo giuridico;
- come emerso dalla documentazione trasmessa, il muro di cui si discute, così come approvato nel progetto concesso dal Comune di Selva dei Molini, viola

anche il confine della zona d'espansione C, il relativo piano d'attuazione e le norme di attuazione del PUC;

- in relazione a ciò, il Comune di Selva dei Molini ha asserito che si tratterebbe della costruzione di un muro che costituisce il proseguimento logico di una regolamentazione dei confini tra i proprietari della p.ed. 163 e della p.ed. 180 C.C. Lappago;

- anche tale affermazione è del tutto infondata e priva di fondamento giuridico. Infatti, come ampiamente esposto senza un negozio giuridico con effetti reali non è possibile spostare il confine esistente.

3.1 Il motivo non può essere accolto.

Come rilevato dalla difesa del Comune, il muro di sostegno si trova sul confine tra la p.f. 205/1, di proprietà del Comune, e la p.ed. 180, di proprietà dei controinteressati Albert Unterhofer, Zázilia Unterhofer e Markus Unterhofer, e non confina pertanto direttamente con la p.ed. 163 dei ricorrenti, ragion per cui gli stessi non sono pregiudicati nella propria sfera giuridica.

Sul punto eloquente è l'insegnamento di Cons. Stato, sez. VI, 07/12/2022, n. 10715: nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, ferma restando la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione processuale e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi; e il criterio della "*vicinitas*", quale elemento di individuazione della legittimazione, non vale da solo e in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato.

Si tratta in ogni caso di un vecchio muro di cinta esistente da più di 20 anni. Era stato costruito nell'ambito dei lavori di costruzione autorizzati con una concessione edilizia del 1988 (circostanza mai contestata). I controinteressati hanno provveduto soltanto al rinforzo e al consolidamento del muro sul lato

interno, al fine di preservarlo dal potenziale crollo. Dall'impugnata concessione edilizia non derivano dunque modificazioni del diritto di proprietà sulla p.f. 205/1 del Comune.

Come chiarito da Cons. Stato, sez. IV, 05/02/2018, n. 707: nel giudizio promosso contro un permesso di costruire, il ricorso è inammissibile per carenza d'interesse, quando l'annullamento del permesso non arrecherebbe alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente.

4. Il rigetto dei motivi dianzi esaminati rende superfluo esaminare: a) la questione relativa alla tardività del ricorso proposto in primo grado; b) la questione relativa al deposito dei documenti espunti dal Trga di Bolzano in primo grado.

5. Per le ragioni esposte l'appello deve essere rigettato.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di giudizio in favore di parte appellata, liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila\00), oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

Ulrike Lobis, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI