

**Pubblicato il 05/03/2019**

**Sent. n. 290/2019**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 1532 del 2007, integrato da motivi aggiunti, proposto da [omissis], rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Zambelli, Marco Brighenti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Zambelli in Mestre, via Cavallotti 22;

contro

Comune di Malcesine, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avvocati Vito Quaranta e Paolo Romor, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Paolo Romor, in Venezia, Calle della Verona n. 1902 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo - Soprintendenza Archeologica, Belle Arti e Paesaggio di Verona, Rovigo e Vicenza, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Venezia, piazza S. Marco, 63;

nei confronti

[omissis], rappresentato e difeso dagli Avvocati Stefano Baciga e Antonio Sartori, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Antonio Sartori in Venezia, San Polo, 2988, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della delibera del Consiglio Comunale del 12 ottobre 2006 n. 51;

della concessione del [omissis] e del permesso di costruire del [omissis];

del decreto ambientale del Responsabile della Posizione Organizzativa Servizi alla collettività e territorio del [omissis];

il decreto ambientale del Responsabile della Posizione Organizzativa Servizi alla collettività e Territorio del [omissis] di protocollo ed il permesso di costruire del [omissis] rilasciata dal Comune di Malcesine.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della delibera del Consiglio Comunale del 12 ottobre 2006 n. 51 avente ad oggetto il "Progetto in deroga agli strumenti urbanistici vigenti, ai sensi dell'art. 80 LRV 61/85, per lavori da eseguirsi presso la struttura turistico ricettiva all'insegna [omissis] di proprietà del Signor [omissis]; della concessione del [omissis] e del permesso di costruire del [omissis] (pratica [omissis]) con i quali il Comune di Malcesine ha rispettivamente dato in concessione al controinteressato una zona demaniale di mq. 98 "da adibire alla costruzione di una terrazza sul lago da utilizzare a solarium a servizio dell'albergo Venezia " e, altresì, assentito la predetta costruzione e di ogni altro atto antecedente o successivo, comunque, presupposto, connesso e/o consequenziale ivi espressamente compresi i) il decreto ambientale del Responsabile della Posizione Organizzativa Servizi alla collettività e territorio del [omissis], ii.) il decreto ambientale del Responsabile della Posizione Organizzativa Servizi alla

collettività e territorio del [omissis] e iii) il permesso di costruire del [omissis], rilasciato dal Comune di Malcesine al Signor [omissis] per la “ ..chiusura parziale di una veranda a servizio dell'albergo Venezia.”.

- del permesso di costruire in sanatoria [omissis] avente ad oggetto “Progetto in sanatoria per ampliamento poggioli dell'albergo [omissis] ivi espressamente compresi il parere del Responsabile della PO Servizi alla Collettività e Territorio espresso con nota [omissis] (verbale del [omissis]) con esito favorevole la nota del [omissis] prot. n. [omissis] dalla Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Verona;

- del permesso di costruire in sanatoria [omissis] n. [omissis] avente ad oggetto “Progetto di variante in sanatoria al P.C. n. [omissis] per la realizzazione di una terrazza sul lago”, ivi espressamente compresi il parere del Responsabile della PO Servizi alla Collettività e Territorio espresso con nota [omissis], prot. [omissis] (verbale del [omissis] n. [omissis]) con esito favorevole condizionato e il parere favorevole espresso con la nota del [omissis] prot. n. [omissis] dalla Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Verona.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di [omissis] e di Ministero Beni Culturali e di Comune di Malcesine;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 la dott.ssa Mariagiovanna Amorizzo e uditi per le parti i difensori M. Brighenti per la parte ricorrente, V. Quaranta per il Comune di Malcesine e S. Baciga per il controinteressato costituito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La ricorrente è proprietaria, nel Comune di Malcesine, di un terreno, ove insistono un fabbricato destinato a civile abitazione e la relativa area pertinenziale, confinante sul lato sud con il fondo di proprietà del sig. [omissis], ove insiste una struttura alberghiera denominata “[omissis]”. Entrambi i fondi affacciano sul lago di Garda, in zona sottoposta a vincolo paesaggistico imposto con D.M. 18 febbraio 1964, pubblicato nella G.U. del 6 aprile 1964, n. 85.

Avvedendosi dell'esecuzione di lavori sul fondo finitimo (ampliamento dei poggioli posti fronte lago, chiusura della veranda, costruzione di una terrazza-*solarium*), la ricorrente ha presentato, in data 18 maggio 2007, per il tramite del geom. Madella di Verona, istanza di accesso agli atti delle pratiche edilizie relative all'[omissis]

Con ricorso notificato il 13 luglio 2007, ha impugnato i seguenti atti:

- La delibera del Consiglio comunale del [omissis] [omissis] avente ad oggetto: “*Progetto in deroga agli strumenti urbanistici vigenti, ai sensi dell'art. 80 L.R. Veneto, n. 61/1985, per i lavori eseguiti presso la struttura turistico ricettiva all'insegna [omissis], di proprietà del [omissis]*” con cui veniva autorizzato il rilascio di permesso di costruire in deroga per l'ampliamento dei poggioli e la chiusura della veranda;

- la concessione del [omissis] e il permesso di costruire del [omissis] con i quali il Comune di Malcesine ha dato in concessione l'area demaniale di mq 98 “*da adibire alla costruzione di una terrazza sul lago da utilizzare a solarium a servizio dell'[omissis]*” ed ha assentito la predetta costruzione;

- Nonché:

o Il decreto ambientale del 20 febbraio 2007, n. 2286

o Il decreto ambientale del 20 febbraio 2007, n. 2287

o Il permesso di costruire del [omissis] rilasciato per “*la chiusura parziale di una veranda a servizio dell'[omissis]*”.

Chiedeva, inoltre, l'accertamento del carattere abusivo delle opere compiute dal controinteressato consistenti nella chiusura della veranda, nell'ampliamento dei poggiali e nella realizzazione della terrazza solarium.

La ricorrente articolava il ricorso in cinque motivi.

Con il 1° motivo - relativo alla delibera del Consiglio comunale del [omissis] - lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del DPR 380/2001, dell'art. 80 della Legge Regionale 61/1985, dell'art. 32 delle N.T.A. al P.R.G. del Comune di Malcesine, dell'art. 86 del Regolamento Edilizio del Comune di Malcesine e dell'art. 3 Legge 241/90. Difetto di motivazione.

Afferma la ricorrente che la delibera del Consiglio comunale difetta dei presupposti legittimanti, individuati nelle eccezionali ragioni di interesse pubblico che giustificano l'intervento in deroga e nell'urgenza dell'intervento, ovvero di una chiara motivazione sulla loro sussistenza. Infatti, il Consiglio comunale ha proceduto ad autorizzare il rilascio del permesso in deroga, nonostante nella variante al PRG adottata con delibera del C.C. del [omissis] fosse già contenuta la scheda progettuale dei lavori oggetto dell'istanza di permesso in deroga. Pertanto, senza esplicitare le ragioni dell'urgenza, si sarebbe consentito al controinteressato di anticipare – per interessi esclusivamente privati – quanto ottenibile per via ordinaria.

Con il 2° motivo censura la medesima delibera per violazione dell'art. 14 DPR 380/01 e 7 L. 241/90. Il Comune avrebbe omesso di dare comunicazione dell'avvio del procedimento alla proprietaria confinante, nonostante fosse nota la posizione di controinteressata della medesima, avendo ella già impugnato precedenti provvedimenti edilizi concernenti il medesimo edificio.

Con il 3° motivo, lamenta la violazione dell'art. 14, comma 1, dpr 380/2001, dell'art. 146 d.lgs. 42/2004 e dell'art. 3 legge 241/90.

Le autorizzazioni paesaggistiche relative alle suddette opere non sarebbero sufficientemente motivate, limitandosi ad affermare che gli interventi non recano sostanzialmente pregiudizio per la tutela del paesaggio.

Con il 4° motivo è dedotta la violazione dell'art. 14, comma 3, DPR 380/2001, dell'art. 80 L.R. 61/1985, dell'art. 38 bis NTA del PRG e dell'art. 9 D.M. 1444/1968.

La ricorrente lamenta che sia stata autorizzata la chiusura della veranda in violazione della disciplina delle distanze stabilita dal comma 5 dell'art. 80 L.R. n. 61/1985 e dell'art. 38 bis NTA al PRG, nonché dell'art. 9 DM 1444/68, essendo stata consentita la realizzazione di una parete a distanza di soli 3,25 m dal confine e comunque ad una distanza inferiore ai 10 metri dalla parete finestrata dell'abitazione della ricorrente.

Con il 5° motivo, relativo al permesso di costruire n. 13/2007 rilasciato per la realizzazione del solarium su suolo demaniale, la ricorrente si duole della violazione dell'art. 146 del d.lgs. 42/04 e dell'art. 38 bis delle norme tecniche d'attuazione, eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento e violazione del giusto procedimento.

Afferma che il permesso di costruire non è stato preceduto dalla necessaria autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'articolo 146 del d.lgs 42/2004. Inoltre, l'intervento assentito non rispetterebbe la distanza minima prevista dall'art. 38-bis NTA di metri 5 dal confine, distanza minima peraltro imposta pure dalla concessione demaniale del 22 gennaio 2007, n° 5, rilasciata per l'occupazione dell'area.

Il Comune, con memoria depositata il 16/10/2007, ha replicato alle censure.

In particolare, sul secondo motivo, il Comune evidenzia la natura meramente formale della censura, non avendo la ricorrente, in spregio a quanto prevede l'art. 21-*octies* L. 241/90, spiegato quali ragioni avrebbe potuto addurre per determinare un esito diverso del procedimento.

Sul quinto motivo evidenzia che l'autorizzazione paesaggistica è stata rilasciata sul progetto presentato per il rilascio della concessione demaniale.

Con ulteriore memoria, depositata il 21/12/2017 il Comune, insistendo nelle difese già formulate, evidenzia, in aggiunta, che, sulle questioni oggetto del presente giudizio, questo TAR si sarebbe già espresso con la sentenza n. 3341 del 17/10/2007, resa in analogo giudizio instaurato dai proprietari del fondo confinante a nord dell'Albergo e che le censure relative all'illegittimità del permesso di

costruire n. 13 /2007 relativo alla terrazza solarium sarebbero superate per effetto del rilascio del permesso di costruire in sanatoria n. 8/2008 del 5/6/2008. Chiedeva, pertanto, dichiararsi l'inammissibilità o improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.

Le parti hanno depositati ulteriori scritti difensivi a sostegno delle proprie posizioni, documenti e memorie di replica.

Con memoria di replica del 15/1/2018, la ricorrente ha chiesto il rinvio dell'udienza pubblica fissata per il 6/02/2018 per impugnare con motivi aggiunti il permesso di costruire in sanatoria n. 8/2008 del 5/6/2008 relativo alla terrazza a lago e il permesso di costruire con cui è stato autorizzato l'ampliamento dei poggioli, asserendo di esser venuto a conoscenza dei suddetti atti, rispettivamente, in data 21.12.2017 (in occasione del deposito documenti da parte del Comune) ed in data 05.01.2018 (attraverso la lettura della memoria di replica del controinteressato).

All'udienza del 6/2/2018 la causa è stata rinviata per consentire la proposizione dei motivi aggiunti, che sono stati notificati il 14/2/2018 e depositati il successivo 7 marzo.

Con il suddetto gravame, [omissis] ha impugnato:

- 1) Il PDC [omissis] in sanatoria con cui è stato autorizzato, in attuazione della delibera di C.C. del 2006, l'ampliamento dei poggioli;
- 2) La nota [omissis] della Soprintendenza BB.CC. di autorizzazione in sanatoria relativa all'ampliamento dei poggioli;
- 3) Il PDC n. [omissis] in sanatoria che ha autorizzato talune modifiche della terrazza a lago precedentemente autorizzate;
- 4) L'autorizzazione in sanatoria della soprintendenza [omissis] relativa alle opere della terrazza a lago.

I motivi sub A) del ricorso per motivi aggiunti riproducono, quali vizi di invalidità derivata del permesso di costruire in sanatoria n. 102 del 12/5/2008 (relativo all'ampliamento dei poggioli) i motivi primo, secondo e terzo del ricorso principale.

Con i motivi sub B ha dedotto quali vizi autonomi del permesso di costruire in sanatoria n. 102/2008:

- motivo B1: violazione dell'art. 96, lettera f, del RD 523/1904, relativo al permesso di costruire in sanatoria [omissis]. I poggioli sono posti ad una distanza di m. 4,35 dall'argine del lago, nella fascia di rispetto prevista dall'art. 96 R.D. 523/1904.

- motivo B.2) violazione degli artt. 146 e 167 del D.Lgs. 42/2004 ed eccesso di potere per falsità di presupposto, difetto di istruttoria e di motivazione relativamente al permesso di costruire [omissis]. L'autorizzazione paesaggistica in sanatoria relativa all'intervento sui poggioli è illegittima poiché rilasciata per opere che hanno determinato la creazione di superfici utili, in violazione del comma 12, dell'allora vigente art. 146 D.Lgs. 42/2004.

- motivo B.3): violazione dell'art. 146 del D.lgs 42/2004 e dell'art. 3 della Legge 241/1990 e di eccesso di potere per carenza di presupposto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione. La motivazione dei provvedimenti di autorizzazione paesaggistica non sarebbe sufficiente.

- motivo B.4.): violazione dell'art. 146, comma VI, D. Lgs. n. 42/2004. Il permesso di costruire [omissis] ed il parere del Responsabile della PO Servizi alla Collettività e Territorio espresso con nota [omissis] (verbale del [omissis]) sono stati assunti dalla medesima persona fisica.

- motivo B.5.): violazione, sotto altro profilo, dell'art. 146 del D.Lgs n. 42/2004. Violazione di legge - Difetto di istruttoria. I pareri di compatibilità paesaggistica sarebbero illegittimi perché autorizzano un intervento incompatibile con la disciplina urbanistico-edilizia.

I motivi contraddistinti dalla lettera C concernono il permesso di costruire [omissis] n. [omissis] avente ad oggetto "Progetto di variante in sanatoria al P.C. n. [omissis] per la realizzazione di una terrazza sul lago".

Con i motivi di cui alla lettera C1 sono riproposte le censure già formulate con il ricorso principale, specificandosi che le modifiche autorizzate con il permesso in sanatoria n. [omissis] non avrebbero consistenza tale da escludere l'effetto caducante della declaratoria dell'illegittimità dell'originario permesso di costruire.

- Con i motivi contraddistinti alla lettera C2 sono proposte, quali censure autonome del medesimo provvedimento:

o C.2.1.) Violazione e falsa applicazione dell'art. 872 e segg. c.c., dell'art. 38 bis delle Norme Tecniche di attuazione al PRG del Comune di Malcesine . Violazione di legge. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Travisamento dei fatti.

Il pontile è stato autorizzato ad una distanza di m. 2,70 dal confine, in violazione dell'art. 38-bis NTA che prevede una distanza minima di m.5.

o C.2.2.) Violazione e falsa applicazione degli artt. 146 e 167 del D.Lgs. 42/2004. Violazione dell'art. 96, lettera f, del RD 523/1904. Falsità di presupposto - Illegittimità - Difetto di istruttoria e di motivazione - Eccesso di potere e sviamento di potere. Le opere abusivamente realizzate, avendo dato luogo a nuova superficie, non sarebbero sanabili. Ciò sia per quanto riguarda il pontile che la pavimentazione realizzata al posto del preesistente giardino.

o C.2.3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 146 del D.lgs 42/2004 e dell'art. 3 della Legge 241/1990. Le autorizzazioni paesaggistiche presupposte al rilascio del permesso in sanatoria n. [omissis] non sono sufficientemente motivate.

o C.2.4.) Violazione dell'art. 146, comma VI, D. Lgs. n. 42/2004 . Violazione della delibera G.R. 835/10. Illegittimità per commistione dell'attività. Violazione di legge – Difetto di istruttoria. Il permesso di costruire n. [omissis] ed il parere del Responsabile della PO Servizi alla Collettività e Territorio reso con nota [omissis] sono stati assunti dalla medesima persona fisica.

o C.2.5.) Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 146 del D.Lgs n. 42/2004. Violazione di legge - Difetto di istruttoria. I pareri di compatibilità paesaggistica sarebbero illegittimi perché autorizzano un intervento incompatibile con la disciplina urbanistico-edilizia.

In data 3 aprile 2018 si è costituito il Ministero dei Beni Culturali, eccependo, con successiva memoria, il proprio difetto di legittimazione passiva, non essendo stati impugnati atti ad esso riconducibili.

Con memoria depositata il 19 novembre 2018 il Comune di Malcesine ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti evidenziando che:

1) l'impugnazione del PDC in sanatoria n. [omissis] con i motivi aggiunti, notificati il 14/2/2018 è tardiva, avendo la ricorrente ed il suo legale acquisito piena conoscenza del permesso di costruire in sanatoria e dell'esatta conformazione delle opere nel corso del sopralluogo eseguito il 14/4/2009.

2) Sarebbe tardiva anche l'impugnazione con motivi aggiunti del permesso di costruire in sanatoria n. [omissis] perché dalle osservazioni dell'avv. Brighenti del 3.4.2009 emerge che, già a quell'epoca, aveva avuto cognizione esatta dell'entità e consistenza dei poggioli e della veranda realizzati.

Il Comune, inoltre, ha spiegato difese nel merito.

Il controinteressato ha eccepito, altresì, l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, non essendo stata data prova del pregiudizio concreto subito dalla ricorrente per effetto degli interventi autorizzati con gli atti impugnati.

Ha, inoltre, eccepito, l'irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, essendo stati proposti ben oltre la scadenza del termine di impugnazione che decorrerebbe, per i provvedimenti in sanatoria, dalla data della loro pubblicazione all'Albo pretorio del Comune.

Tutte le parti hanno depositato memorie difensive e repliche in vista dell'udienza di discussione, celebrata il 20 dicembre 2018, al cui esito la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. Occorre in via preliminare affrontare le eccezioni di inammissibilità e di improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti sollevate dalla resistente e dal controinteressato.

1.1 Non è fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, formulata dal controinteressato.

Pur dovendosi ribadire l'orientamento della Sezione alla stregua del quale il criterio della c.d. *vicinitas* non è sufficiente a fondare l'interesse a ricorrere, essendo necessaria la prova di un

pregiudizio concreto ed attuale alla posizione del ricorrente derivante dall'assetto edilizio scaturente dai provvedimenti impugnati (Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 4 maggio 2015, n. 1081; Tar Veneto, Sez. II, 15 febbraio 2018, n. 324, Tar Campania, Salerno, Sez. I, 18 aprile 2018, nr.755, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 novembre 2017, n. 5442), nel caso di specie, l'interesse è rinvenibile nella lesione delle prerogative proprietarie derivanti dalle prospettate plurime violazioni della disciplina delle distanze tra edifici, che impinge ad una diretta lesione delle facoltà proprietarie nei rapporti di vicinato. In tali ipotesi, infatti, anche l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo, ritiene non necessaria un'ulteriore prova dell'interesse ad agire (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2017, n. 5908).

1.2 E', al contrario, fondata l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti con i quali sono dedotti vizi del permesso di costruire in sanatoria n. 8/2008. Dal complesso degli atti depositati dal Comune in data 31/10/2018 emerge che di tale provvedimento la ricorrente ha acquisito piena conoscenza, già nell'aprile del 2009.

A pag. 6 delle osservazioni ex RD 726/1895 inviate al Comune di Malcesine il 3/4/2009, a proposito della realizzazione del pontile l'esponente afferma: *"Ci pare che ce ne sia abbastanza per considerare sia la sanatoria edilizia che la concessione dell'area atti gravemente lesivi delle norme di riferimento"*.

La conoscenza del provvedimento di sanatoria risulta, inoltre, confermata dalla relazione del responsabile del servizio Demanio Lacuale sul sopralluogo avvenuto il 14/4/2009 nel contraddittorio tra le parti (doc. 24), nella quale si dà atto che *"l'avvocato Brighenti (...) afferma che la costruzione del solarium non è conforme a quanto concesso con la sanatoria"*. Inoltre, il provvedimento in questione è citato nella comunicazione del [omissis], di cui la ricorrente ha ottenuto copia a seguito di accesso agli atti eseguito il 1° ottobre 2014.

Ne consegue l'irricevibilità delle censure rubricate sub C.2 del ricorso per motivi aggiunti.

1.3 Il Comune ha eccepito, quale conseguenza dell'irricevibilità dei motivi aggiunti proposti avverso la concessione in sanatoria n. 8/2008, l'improcedibilità del quinto motivo del ricorso principale, con cui erano rivolte censure al permesso di costruire n. [omissis] (pratica edilizia n. [omissis]), con cui era stata autorizzata la realizzazione della terrazza solarium.

L'eccezione è solo parzialmente fondata.

Le conseguenze dell'inoppugnabilità del permesso di costruire in sanatoria (derivante dall'irricevibilità delle censure rubricate sub C.2 del ricorso per motivi aggiunti) sull'interesse all'esame del quinto motivo del ricorso principale relativo al permesso di costruire n. [omissis], devono essere oggetto di valutazione in concreto, dovendo verificarsi, da un lato, se i motivi di censura relativi all'originario progetto attengono ad aspetti che sono stati oggetto delle modifiche progettuali approvate con il permesso in sanatoria non tempestivamente impugnato e, dall'altro, se le modifiche progettuali di cui si è chiesta la sanatoria implicassero una rivalutazione della legittimità del progetto originario, negli aspetti oggetto della primitiva censura.

L'istanza di permesso di costruire in sanatoria ha riguardato: l'arretramento di tutte le opere oggetto dell'originario permesso di costruire di m. 2,50 dal confine Nord (con la proprietà [omissis]), il completamento della pavimentazione tra il pontile ed il muro di confine posto a sud, la modifica della posizione della scala che viene spostata sul lato sud in prossimità del pontile; la collocazione delle pilate di legno, che sono state installate all'esterno della terrazza.

Il quinto motivo del ricorso principale atteneva, da un lato, all'assenza di autorizzazione paesaggistica dell'intervento e, dall'altro, alla violazione dell'art. 38-bis NTA al PRG che prescrive la distanza di 5 metri dal confine con la proprietà della ricorrente.

Con riguardo al primo aspetto, l'Autorità tutoria sembra essersi espressa solo sulle limitate modifiche apportate al progetto originario e, pertanto, il rilascio dell'autorizzazione relativa all'istanza di sanatoria non è idonea a far cessare l'interesse all'esame del 5° motivo di ricorso nella parte in cui si censura il provvedimento per la mancata acquisizione del parere di compatibilità paesaggistica.

Al contrario, il profilo relativo alla distanza dal confine deve ritenersi superato per effetto del rilascio del titolo, poiché come emerge dalla relazione tecnica all'istanza di sanatoria, la modifica progettuale

approvata concerne proprio l'arretramento della terrazza-solarium dal confine, effettuato sul presupposto che ciò si rendesse necessario per il rispetto delle distanze legali dalla proprietà della ricorrente.

1.4 Non è fondata l'eccezione di irricevibilità dei motivi di impugnazione – formulati nel ricorso per motivi aggiunti – relativi al permesso di costruire in sanatoria n. [omissis], pubblicato in pari data all'Albo pretorio del Comune di Malcesine.

Nel caso in esame, deve farsi applicazione del principio, recentemente ribadito dal Giudice d'appello, secondo il quale il termine per l'impugnazione di un titolo edilizio in sanatoria, decorre per il terzo interessato dalla data in cui costui abbia avuto conoscenza del rilascio del titolo (cfr. Consiglio di Stato sez. VI - 10/09/2018, n. 5307), mentre appare ingiustificatamente restrittiva dell'effettività della tutela giurisdizionale la tesi che, per i titoli in sanatoria, fa decorrere il termine di impugnazione dei terzi dalla data di pubblicazione del provvedimento all'Albo pretorio del Comune.

Se tale soluzione si giustifica, in un'ottica di certezza dei rapporti giuridici, nei casi in cui il terzo, pur essendo in condizione di conoscere l'esistenza delle opere abusive, si sia astenuto ingiustificatamente da ogni forma di reazione (con esposti, denunce, istanze di accesso agli atti...), lo stesso non può affermarsi nei casi - come quello in esame - in cui il ricorrente si sia attivato tempestivamente per segnalare al Comune l'esistenza di opere potenzialmente abusive (la ricorrente aveva presentato un esposto al Comune nel febbraio del 2007 nel quale descriveva le opere oggetto di contestazione, chiedendo al Comune di effettuare i dovuti controlli) e ciononostante l'Amministrazione non abbia ritenuto di informare l'istante della pendenza del procedimento di sanatoria.

In un'ipotesi del genere, l'esigenza di evitare che la decorrenza del termine d'impugnazione sia interamente rimesso all'arbitrio del ricorrente non sussiste.

Perché possa pronunciarsi l'irricevibilità del ricorso, pertanto, occorre che sia fornita dalla parte interessata la prova dell'epoca in cui il ricorrente ha acquisito l'effettiva conoscenza del provvedimento di sanatoria.

L'eccezione del Comune, volta a dimostrare un'acquisita conoscenza del provvedimento in data anteriore a quella in cui del permesso di costruire in sanatoria n. [omissis] è stato menzionato nella memoria del controinteressato, è sguarnita di prova.

Dai documenti richiamati dall'Amministrazione e depositati agli atti emerge che la ricorrente era a conoscenza dell'esistenza delle opere, ma non che avesse avuto notizia della richiesta e del successivo rilascio del permesso di costruire in sanatoria.

1.5 Infine è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per precedente giudicato. Condizione perché possa essere invocata l'efficacia vincolante del giudicato in un giudizio in corso è che questo si svolga tra le medesime parti e che abbia un oggetto almeno in parte coincidente con quello già deciso. Nel caso di specie, difetta l'identità delle parti dei due giudizi.

2. In definitiva il ricorso per motivi aggiunti è irricevibile limitatamente ai motivi con i quali sono dedotti vizi del permesso di costruire in sanatoria n. [omissis]. Ne consegue l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del motivo n. 5 del ricorso principale con riguardo alla censura relativa alla violazione dell'art. 38 bis delle NTA del PRG.

3. Restano da esaminare il primo, secondo, terzo e quarto motivo del ricorso principale, nonché parte del quinto motivo ed i motivi sub A e B del ricorso per motivi aggiunti.

4. Il primo motivo non è fondato.

Le ragioni di interesse pubblico sottese alla scelta, ampiamente discrezionale, compiuta dall'organo assembleare del Comune di Malcesine sono evidenziate nella delibera impugnata che le identifica nella ritenuta necessità di incentivare il settore turistico-ricettivo, anticipando l'approvazione definitiva di interventi di ampliamento già oggetto di positiva valutazione nell'ambito del procedimento di approvazione della variante al PRG, adottata con la delibera di Consiglio comunale n. 7 del 24 febbraio 2005, ed all'epoca non ancora approvata.

L'esigenza di utilizzare lo strumento eccezionale del permesso in deroga è ricondotto alla necessità di assentire gli interventi in aumento della capacità ricettiva prima dell'inizio della stagione turistica.

La motivazione, tenuto anche conto della circostanza che l'intervento era già stato oggetto di una preventiva delibazione positiva in sede di variante al PRG, appare sufficiente a dar conto dei presupposti di applicabilità dell'istituto. In particolare, la preventiva approvazione di tale progetto nell'ambito del procedimento di variante urbanistica evidenzia la ritenuta prevalenza, da parte dell'organo assembleare, dell'interesse all'incentivazione del settore turistico (qualificabile come interesse di ordine generale, cfr. Cons. St., IV, 21 novembre 2012, n. 5904; TAR Sardegna, Cagliari, II, 22 luglio 2009, n. 1375; Cons. St., IV, 28 ottobre 1999, n. 1641; Id., IV, 29 ottobre 2002, n. 5913; TAR Puglia, III, 27 marzo 2007, n. 828) rispetto a quello sotteso alle norme di Piano derogate.

5. Il secondo motivo, formulato quale violazione meramente formale senza che sia stato specificato il contenuto dell'apporto procedimentale che la ricorrente avrebbe inteso apportare deve ritenersi inammissibile per difetto di interesse.

6. Infondato è anche il terzo motivo, con riguardo alle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dal Responsabile della Posizione organizzativa servizi alla collettività n. [omissis]. La motivazione dei provvedimenti, che richiama le relazioni paesaggistiche depositate con i progetti ed i pareri degli esperti in materia di beni ambientali, benchè scarsa, appare sufficiente a fornire contezza dell'iter logico seguito dal Comune, tenuto anche conto della non particolare rilevanza quantitativa delle opere da autorizzare.

7. È, invece, parzialmente fondato il quarto motivo, con il quale è impugnato il permesso di costruire n. 49/2007 con cui è stata autorizzata in deroga la chiusura della veranda.

Trattandosi di permesso in deroga, non può essere accolta la censura con cui è dedotta la violazione dell'art. 38-bis delle NTA nella parte in cui prescrive una distanza dal confine di 5 metri. Le distanze previste dal PRG possono essere legittimamente derogate con il permesso di cui all'art. 14 DPR 380/2001.

È, invece, fondata la censura con cui si fa valere la violazione dell'art. 9 D.M. 1444/1968, essendo la veranda posta, incontestatamente, ad una distanza inferiore ai 10 metri dalla parete finestrata dell'edificio di proprietà della ricorrente.

Con il permesso di costruire in deroga, infatti, è ammessa la deroga unicamente alla norme degli strumenti urbanistici generali, ma non a quelle previste dal D.M. 1444/1968 (T.A.R. Napoli, (Campania) sez. II, 13/02/2009, n.799).

Né è condivisibile la difesa del Comune nella parte in cui afferma che nella specie l'art. 9 D.M. 1444/68 non troverebbe applicazione poiché la distanza inferiore ai 10 metri riguarderebbe una veranda in vetro e non una costruzione, poiché, per costante giurisprudenza, la nozione di costruzione (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 02/03/2018, n.1309) ai fini dell'osservanza delle norme sulle distanze legali tra edifici, *“deve estendersi a qualsiasi manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell'opera”*.

8. Il quinto motivo, per la parte in cui sussiste l'interesse alla decisione, è infondato.

Con esso si deduce l'illegittimità del permesso di costruire [omissis] (pratica n. [omissis]) e dell'allegata concessione demaniale del [omissis], in base ai quali il controinteressato ha realizzato la terrazza-solarium sul lago poiché non risulterebbe acquisita alcuna autorizzazione paesaggistica ai sensi del D. Lgs. 42/2004.

Il Comune obietta che l'autorizzazione è stata acquisita sul conforme progetto presentato ai fini del rilascio della concessione demaniale. Tale circostanza trova conferma, oltrechè nelle premesse del provvedimento di concessione demaniale (ove è richiamata l'Autorizzazione ambientale n. [omissis]), anche nel parere reso dalla Soprintendenza in data [omissis] sull'istanza di permesso in sanatoria n. [omissis], ove si afferma che le opere in progetto *“non modificano sostanzialmente quanto già autorizzato”*.

9. Le censure formulate con i motivi sub A del ricorso per motivi aggiunti sono integralmente riprodottrici dei primi tre motivi del ricorso principale, e, come quelli, da rigettare.



10. E', invece, fondato il motivo sub B.1 con cui il permesso di costruire in sanatoria [omissis] è censurato per violazione dell'art. 96, lettera f, del RD 523/1904.

È incontroverso tra le parti che i poggioli sul fronte ovest dell'[omissis], posto fronte lago, sono stati realizzati ad una distanza inferiore a 10 metri dal "piede dell'argine" del lago di Garda.

Come ha già avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato nella sentenza n. 5620/2012, resa tra le medesime parti, l'art. 96, lettera f, del RD 523/1904 si applica a tutte le acque pubbliche e, quindi, anche a quelle dei laghi, indipendentemente dall'altezza alla quale le opere sono state costruite.

Le contrarie argomentazioni di ordine interpretativo contenute nelle difese del Comune e del controinteressato non evidenziano argomenti decisivi per modificare le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato, considerato, peraltro, che si tratta di rilievi in gran parte già formulati nel corso di quel giudizio e respinti dal Giudice d'appello.

Quanto alle argomentazioni concernenti l'idoneità delle opere in questione ad arrecare pregiudizio alle esigenze sottese alla previsione della fascia di rispetto, si osserva che tale valutazione è riservata dalla stessa norma all'Autorità amministrativa, la quale può determinare una distanza diversa con disciplina ad efficacia generale, purchè *"specificamente diretta a tutelare il deflusso delle acque e la distanza dagli argini delle costruzioni, in ossequio altresì alla normativa statale di tutela del vincolo idrogeologico e delle peculiari condizioni delle acque e degli argini che la norma locale prende in considerazione al fine di stabilirvi l'eventuale deroga"* (Cons. Stato Sez. VI, Sent., 10-01-2018, n. 102).

11. L'accoglimento del motivo B.1. consente di assorbire le residue censure concernenti la legittimità dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata in relazione al suddetto permesso.

12. In definitiva, il ricorso ed i successivi motivi aggiunti, devono essere dichiarati, in parte, fondati, in parte, irricevibili, in parte improcedibili ed in parte, infondati.

13. Tenuto conto della risaleza della controversia, le spese del giudizio possono essere compensate.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara fondato, nei limiti di cui in motivazione, e per il resto, irricevibile ed infondato. Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere

Mariagiovanna Amorizzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Mariagiovanna Amorizzo

IL PRESIDENTE

Alberto Pasi

IL SEGRETARIO