

Pubblicato il 17/11/2021

**N. 07662/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 06636/2014 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6636 del 2014, proposto dai sigg.ri Roberto Ferone, Giuseppina Vitale ed Angela Di Micco, rappresentati e difesi dagli avv.ti Silio Aedo Italice Violante, Antonio Parisi e Marcello Russo e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Cesaro, in Roma, via Monte Santo, n. 25

**contro**

Comune di Frattamaggiore (NA), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Parisi e Antonella Di Bitonto e con domicilio eletto presso lo studio della dr.ssa Marisa Di Bitonto, in Roma, via Lucania, n. 13

**nei confronti**

sig.ra Francesca Corso, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Sasso e con domicilio eletto presso lo studio del dr. Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli, Sezione Seconda, n. 459/2014 del 22 gennaio 2014, resa tra le parti, con cui è stata in parte dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse e per il resto è stato respinto il ricorso con motivi aggiunti R.G. n. 2711/2013, proposto per l'annullamento del permesso di costruire n. 24 del 27 aprile 2010, rilasciato dal Comune di Frattamaggiore (NA) alla sig.ra Francesca Corso, nonché dei permessi di costruire in variante n. 78 del 26 giugno 2013 e n. 142 del 24 settembre 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti la memoria di costituzione e difensiva e i documenti del Comune di Frattamaggiore (NA);

Vista la memoria di costituzione e difensiva della sig.ra Francesca Corso;

Vista la dichiarazione di rinuncia all'appello della sig.ra Angela Di Micco;

Viste la memoria conclusiva e le note d'udienza degli appellanti;

Viste la memoria conclusiva e la replica della sig.ra Francesca Corso;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2021 il Cons. Pietro De Berardinis e udito per l'appellata l'avv. Antonio Sasso;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

Gli odierni appellanti, sigg.ri Roberto Ferone, Giuseppina Vitale ed Angela Di Micco, espongono di essere proprietari di diverse unità immobiliari facenti parte di un unico fabbricato situato nel Comune di Frattamaggiore (NA), al vicolo III del corso Francesco Durante, al civico n. 1, che confina con la proprietà della sig.ra Francesca Corso.

Con l'appello in epigrafe impugnano la sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sez. II, n. 459/2014 del 22 gennaio 2014, che ha dichiarato in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e, per il resto, ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, da essi proposto contro:

- il permesso di costruire n. 24/2010 rilasciato dal Comune di Frattamaggiore alla sig.ra Francesca Corso per l'intervento di demolizione e ricostruzione del fabbricato per civile abitazione sito al vico II di via Roma n. 5 ed al vico IV di corso Durante n. 15 (ricorso originario);

- il permesso di costruire in variante n. 78/2013 ed il combinato disposto degli artt. 3 e 5 delle N.T.A. del P.R.G., ove intesi nel senso di consentire interventi di sostituzione edilizia anche in zona A (centro storico) senza il rispetto delle disposizioni in materia di distanza tra fabbricati dettate per la zona A dall'art. 9 del d.m. n. 1444/1968 (primo ricorso per motivi aggiunti);

- il permesso di costruire in variante n. 142/2013 e il provvedimento di sua parziale rettifica (secondo ricorso per motivi aggiunti).

A supporto del gravame gli appellanti hanno dedotto i seguenti motivi:

I) *error in iudicando e in procedendo*, in quanto il primo giudice ha ritenuto di poter prescindere dalla disamina delle eccezioni di tardività sollevate dalla controinteressata, ma tali eccezioni sarebbero in ogni caso infondate, attesa la tempestività del ricorso innanzi al T.A.R.;

II) *error in iudicando e in procedendo*, giacché la sentenza avrebbe errato nel ritenere meramente congetturali, dopo la presentazione da parte della sig.ra Corso del permesso di costruire in variante n. 142/2013, le preoccupazioni dei ricorrenti circa l'effettivo utilizzo dei sottotetti termici dei due nuovi corpi di fabbrica;

III) *error in iudicando* per violazione di legge, violazione dell'art. 9, comma 1, lettera a), del d.m. n. 1444/1968, violazione e falsa applicazione dell'art. 5 delle N.T.A., violazione delle distanze minime tra fabbricati, falsa applicazione dell'art. 878 c.c., violazione, in subordine, dell'art. 5, comma 8, della l.r. n. 19/2009, eccesso di potere, omessa ponderazione della fattispecie contemplata, travisamento delle condizioni di fatto, omessa e/o carente istruttoria procedimentale, giacché la sentenza avrebbe errato nel respingere il motivo di ricorso fondato sul mancato rispetto delle distanze pregresse tra gli edifici: ciò, tenuto conto che l'intervento in esame andrebbe qualificato in termini di "ristrutturazione edilizia";

IV) *error in iudicando*, violazione di legge, violazione dell'art. 3 del d.P.R. n. 380/2001, violazione e falsa dell'art. 87, comma 10, del regolamento edilizio in vigore, violazione dei limiti massimi di volumetria assentita e delle superfici utili edificabili, violazione del d.m. n. 801 del 10 maggio 1977, eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, omessa ponderazione della fattispecie contemplata, travisamento delle condizioni di fatto, difetto di istruttoria, in quanto il primo giudice avrebbe errato, altresì, nel ritenere infondata la censura di violazione dei parametri plano-volumetrici assentibili, che era stata formulata dai ricorrenti lamentando l'erroneità del raffronto delle superfici non residenziali del fabbricato preesistente con quelle destinate ad uffici nel fabbricato di progetto e la conseguente elusione dei parametri fissati dal d.m. n. 801/1977;

V) *error in iudicando* per violazione di legge, violazione del giusto procedimento amministrativo, violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del regolamento edilizio comunale in vigore, violazione delle disposizioni relative alla sicurezza, difformità rispetto agli *standard* di inclinazione assicurati dallo *status quo ante*, eccesso di potere, omessa ponderazione della fattispecie contemplata e difetto di istruttoria, poiché, relativamente alla censura di mancato arretramento del corpo di fabbrica sul lato sud in misura sufficiente a rispettare il vincolo posto dall'art. 88 del regolamento edilizio, non sarebbe vero che i ricorrenti, nel contestare il parametro usato dalla controinteressata (larghezza media della strada), non avrebbero specificato quali dovessero essere la corretta larghezza stradale da considerare ed il piano inclinato ideale da assumere a riferimento;

VI) *error in iudicando* per violazione di legge, violazione del giusto procedimento amministrativo e delle prescrizioni specifiche del titolo abilitativo, violazione e falsa applicazione dell'art. 15, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, eccesso di potere per omessa ponderazione della fattispecie contemplata, giacché – diversamente da quanto ritenuto dal T.A.R. – sarebbe fondata la censura dei ricorrenti, in base alla quale il permesso di costruire n. 24/2010 sarebbe decaduto per inosservanza del termine di avvio dei lavori di cui all'art. 15, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001.

VII) *error in iudicando* per violazione di legge, violazione del giusto procedimento amministrativo e delle prescrizioni specifiche del titolo abilitativo, violazione e falsa applicazione dell'art. 15, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, eccesso di potere per omessa ponderazione della fattispecie contemplata, poiché la sentenza avrebbe erroneamente disatteso i motivi del ricorso volti a censurare l'eccessiva celerità nell'evasione delle istanze di rilascio dei permessi di costruire in variante e la violazione nei confronti dei ricorrenti delle garanzie di partecipazione procedimentale.

Si è costituito in giudizio il Comune di Frattamaggiore (NA), resistendo con memoria ai motivi di appello e concludendo per la reiezione dello stesso.

Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata sig.ra Francesca Corso, di seguito depositando memoria, con cui ha reiterato, in rito, l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, assorbita dal T.A.R.; ha inoltre eccepito l'infondatezza del motivo di appello avente ad oggetto la violazione della distanza minima tra il nuovo fabbricato ed il muro di tufo che gli appellanti asseriscono essere di loro proprietà, concludendo per la conferma della sentenza appellata.

Con atto notificato alle controparti e depositato in data 7 luglio 2021 l'appellante sig.ra Angela Di Micco ha dichiarato di rinunciare al ricorso in appello, limitatamente alla propria posizione e senza pregiudizio per i consorti in lite, invocando, sempre in ordine alla propria posizione, l'estinzione del giudizio e chiedendo la compensazione delle spese. In vista dell'udienza di discussione della causa, gli appellanti sigg.ri Ferone e Vitale hanno depositato memoria conclusiva, insistendo per l'accoglimento del gravame.

La controinteressata ha depositato memoria di replica, eccependo ulteriormente: l'inammissibilità, per violazione del divieto dei "nova" in appello, della censura volta a far valere la violazione della distanza minima tra il fabbricato di nuova costruzione e la palazzina dove risiedono; l'improcedibilità e l'inammissibilità delle censure di illegittimità degli artt. 3 e 5 delle N.T.A.; l'inammissibilità, oltre che l'infondatezza, delle censure volte a contestare l'equiparazione di volumi e superfici riferiti a preesistenti locali tecnici con quelli risultanti dall'intervento; l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure volte a contestare l'utilizzo, da parte della sig.ra Corso, del criterio della larghezza media del vicolo quale parametro per il calcolo dell'arretramento del corpo di fabbrica dal fronte stradale. Da ultimo, ha eccepito l'inconsistenza delle censure di decadenza del permesso di costruire per tardività dell'avvio dei lavori.

Gli appellanti hanno depositato note d'udienza, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

All'udienza pubblica del 28 settembre 2021 è comparso il difensore della controinteressata, il quale ha proceduto a una breve discussione, quindi la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza del T.A.R. Campania – Napoli che ha dichiarato in parte improcedibile e per il resto ha respinto il ricorso proposto dai proprietari di appartamenti siti in un edificio finitimo per ottenere

l'annullamento del permesso di costruire e delle successive varianti rilasciate dal Comune di Frattamaggiore in favore della controinteressata in relazione ad un intervento di demolizione e ricostruzione di un fabbricato di sua proprietà. In via preliminare va dichiarata l'estinzione del giudizio di appello in relazione alla posizione della sig.ra Angela Di Micco, la quale ha formalmente rinunciato all'appello, notificando la rinuncia alle controparti (Comune e controinteressata).

La vicenda, piuttosto complessa sotto i profili procedimentale e processuale, deve essere dipanata nei particolari, per poter poi compiutamente esaminare le doglianze degli appellanti.

In dettaglio, il permesso di costruire aveva ad oggetto un intervento che il T.A.R. ha configurato come di "sostituzione edilizia" ai sensi delle N.T.A. del P.R.G., e non come ristrutturazione, comportante la demolizione del complesso immobiliare preesistente, composto da due fabbricati adiacenti di epoca anteriore al 1942, e la realizzazione al suo posto di un complesso costituito da due edifici aventi piano interrato (*box* auto e depositi), piano terra (in parte uffici e in parte *box* auto), primo e secondo piano (abitazioni) e piano sottotetto (con funzione termica e da adibire a deposito). I ricorrenti impugnavano il permesso lamentando: che il nuovo fabbricato avrebbe violato la distanza minima dal muro di tufo di loro proprietà, posto lungo il confine occidentale; che i sottotetti termici dei due nuovi corpi di fabbrica avrebbero dovuto essere considerati, per la loro altezza e superficie, veri e propri piani mansardati, da conteggiare, perciò, nel calcolo di volumetria, superficie e altezza; che sarebbe illegittimo lo scomputo dai limiti di volume e superficie assentibili dei locali siti al piano terra sul lato sud e destinati ad uso commerciale e uffici, i quali avrebbero dovuto essere conteggiati al pari dei locali con destinazione residenziale, con il risultato di una superficie complessiva assentita maggiore di quella preesistente ed assentibile; che il progetto avrebbe assunto come riferimento per l'arretramento del corpo di fabbrica rispetto al limite stradale (previsto dall'art. 88 del regolamento edilizio) il parametro della larghezza media del vicolo, il quale, però, sarebbe fittizio e fallace; che il Comune avrebbe omissis di dichiarare la decadenza del permesso di costruire per decorso del termine di un anno per l'avvio dei lavori di cui all'art. 15, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001.

Nelle more del giudizio il Comune di Frattamaggiore rilasciava alla controinteressata un permesso di costruire in variante (il n. 78 del 26 giugno 2013), che veniva impugnato dai ricorrenti con un primo gruppo di motivi aggiunti a mezzo dei quali essi lamentavano: sotto il profilo formale e procedurale, l'eccessiva celerità nell'evasione della pratica di variante e la mancata estensione nei loro confronti del contraddittorio procedimentale; sotto l'aspetto sostanziale, che la trasformazione, con la variante, dei sottotetti in un'enorme camera d'aria, sarebbe stata misura elusiva (oltre che in contrasto con il giudicato cautelare derivante dal decreto monocratico concesso contro il permesso originario); che la qualificazione dell'intervento come di "sostituzione edilizia", anziché di ristrutturazione, non sarebbe bastata a emendare l'intervento dalla violazione delle norme sulle distanze; che la variante avrebbe previsto l'abbattimento del muro di confine e la sua ricostruzione con minore altezza, sebbene esso fosse di proprietà dei ricorrenti e non della controinteressata.

Accolta dal T.A.R. l'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti, veniva successivamente versato in atti un ulteriore permesso di costruire in variante rilasciato dal Comune alla sig.ra Corso (il n. 142 del 24 settembre 2013), con il quale, per quanto di interesse: a) veniva stabilita la trasformazione del terzo piano in lastrico solare mediante la demolizione della copertura termica dell'edificio "A" (già realizzata) e la non realizzazione dei sottotetti termici dell'edificio "B"; b) si decideva di soprassedere alla demolizione del muro di tufo posto sul confine occidentale.

Anche il permesso n. 142/2013 veniva impugnato – con un secondo gruppo di motivi aggiunti – dai ricorrenti, i quali deducevano avverso lo stesso: sul piano procedimentale, le stesse censure formulate contro il permesso n. 78/2013 (eccessiva celerità nel disbrigo della pratica e violazione delle garanzie partecipative dei ricorrenti); sul piano sostanziale, dubbi sull'effettiva soppressione dei sottotetti, alla luce dei grafici di progetto e dell'eliminazione della sola copertura dei sottotetti (dei quali sarebbero rimaste le strutture portanti laterali), nonché, ancora, la censura di mancato rispetto delle distanze tra fabbricati (attese le modifiche apportate *medio tempore* all'art. 3 del d.P.R. n. 380/2001, in base alle quali sarebbe confermato che l'intervento è di ristrutturazione edilizia); infine, la doglianza per cui il nuovo titolo conserverebbe la demolizione del muro di confine e la sua ricostruzione con altezza inferiore (mt. 3).

Pervenuta la causa in decisione, il T.A.R. ha preso atto che con il secondo permesso di costruire in variante (n. 142/2013) era stata prevista la demolizione dei sottotetti e, per l'effetto, ha dichiarato sul punto la sopravvenuta carenza di interesse, con improcedibilità *in parte qua* del ricorso: i dubbi dei ricorrenti sulla "*futura suscettibilità edilizia*" di ripristino del piano del fabbricato non sono, dunque, stati condivisi, sia perché l'eventuale ripristino del piano mansardato era, allo stato, solo congetturale, sia in quanto, in ogni caso, avrebbe costituito attività edilizia abusiva, perché non sorretta da titolo abilitativo, avendone il permesso in variante stabilito la soppressione.

Il T.A.R. ha dichiarato inoltre la sopravvenuta carenza di interesse anche all'esame delle doglianze relative alla demolizione e ricostruzione ad altezza ridotta del muro di confine, poiché il permesso in variante n. 142/2013 non prevede più tale intervento.

Tutte le altre censure sono state invece respinte dalla sentenza appellata, che le ha ritenute prive di fondamento nel merito. In particolare:

- i ricorrenti avevano lamentato il mancato rispetto delle distanze tra edifici, in quanto l'intervento – anche alla stregua della sopravvenuta modifica dell'art. 3 del d.P.R. n. 380/2001 con d.l. n. 69/2013 (conv. con l. n. 98/2013), che ha eliminato, per gli interventi di ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione, la necessità del rispetto della sagoma – avrebbe dovuto essere qualificato in termini di ristrutturazione edilizia, con conseguente applicazione della disciplina sulle distanze tra edifici stabilita per questa tipologia di interventi dall'art. 9, n. 1), del d.m. n. 1444/1968 (il

quale per la zona A prevede, per gli interventi di risanamento conservativo e per quelli di ristrutturazione edilizia, il rispetto delle distanze preesistenti);

- il Tribunale ha respinto la censura, osservando che l'assenso della P.A. all'intervento di demolizione e ricostruzione del manufatto con mutamento della sagoma trova titolo nel permesso di costruire del 2010 (quello originario), mentre sul punto le due varianti del 2013 non incidono: perciò, è necessario aver riguardo alla normativa vigente nel 2010, che ricomprendeva gli interventi come quello ora in esame tra le nuove costruzioni, e non tra le ristrutturazioni (presupponendo queste, all'epoca, ancora il mantenimento della sagoma);

- a conferma di tale assunto, la sentenza appellata osserva che gli artt. 3 e 5 delle N.T.A. del P.R.G. ammettono in zona A interventi di "sostituzione edilizia", che sono quelli di demolizione di edifici e loro sostituzione, anche con sagoma modificata. Ma, allora, vale la disciplina sulle distanze prevista per le nuove costruzioni (*id est* sostituzione edilizia) dall'art. 9, n. 2), del d.m. n. 1444/1968 (mt. 10 tra pareti finestrate). Né rileva che essa non sia riferita, nel d.m. n. 1444/1968, alla zona A, giacché anche per la zona A sono ammesse nuove costruzioni (come si evince dall'art. 7 del d.m. n. 1444 cit.) e perché, non trattandosi nella fattispecie né di risanamento conservativo, né di ristrutturazione, non poteva trovare applicazione la regola sulla conservazione delle preesistenti distanze, essendo questa una regola che l'art. 9, n. 1 del d.m. n. 1444/1968 e l'art. 5 delle N.T.A. limitano soltanto a tali due tipologie di intervento; alla fattispecie *de qua*, in conclusione, doveva applicarsi la regola dell'art. 9, n. 2, del d.m. n. 1444/1968, che nel caso di specie è stata rispettata;

- i ricorrenti avevano lamentato, altresì, che nella vicenda in esame sarebbero stati elusi i parametri di superficie e di volume assentibili, in quanto si sarebbe consentito lo scomputo delle superfici e dei volumi dei locali posti a pianterreno e destinati ad uso ufficio e/o commerciale, che, al contrario, avrebbero dovuto essere considerati, al pari di quelli con destinazione residenziale: ma se tali locali fossero stati computati, ne sarebbe emerso che la superficie assentita superava quella preesistente ed assentibile;

- anche questa doglianza è stata disattesa dal primo giudice, il quale ha evidenziato come gli artt. 3 e 5 delle N.T.A., nel disciplinare gli interventi di sostituzione edilizia, non operino alcuna distinzione tra superficie residenziale e non residenziale. Né in contrario – aggiunge la sentenza appellata – può invocarsi il d.m. 10 maggio 1977, n. 801, poiché questo riguarda la sola determinazione del costo di costruzione dei nuovi edifici e non anche la legittimità delle costruzioni sotto i profili dell'edilizia e dell'urbanistica;

- ancora, i ricorrenti avevano dedotto la violazione dell'art. 88 del regolamento edilizio comunale, in quanto il corpo di fabbrica non sarebbe stato arretrato in misura sufficiente a rispettare il vincolo, ivi previsto, secondo cui l'edificio di progetto va contenuto nel piano ideale inclinato di 30° gradi sulla verticale, a partire dal ciglio opposto della strada. In particolare, essi lamentavano che il progetto si fosse basato su un parametro fallace e fittizio (quello della larghezza media della strada), assunto a riferimento per il calcolo dell'inclinazione;

- la sentenza ha osservato in contrario che i ricorrenti non hanno specificato – come avrebbero dovuto fare – quale sarebbe il parametro da assumere a riferimento, così non assolvendo nemmeno all'onere del principio di prova;

- infine, i ricorrenti avevano contestato, da un lato, l'intervenuta decadenza del permesso di costruire originario (quello del 2010), per essere stati avviati i soli lavori di demolizione, dall'altro, l'eccessiva celerità del Comune nel disbrigo delle pratiche di rilascio delle varianti a tale permesso e, ancora, l'inosservanza nei loro confronti delle garanzie partecipative in sede di procedimento di rilascio dei permessi in variante, nonostante la pendenza del giudizio li rendesse terzi controinteressati rispetto ad una definizione positiva del procedimento;

- la sentenza di prime cure ha confutato tutte le censure ora viste. Quanto alla prima, ha sottolineato l'unitarietà dell'intervento di demolizione e ricostruzione: il fatto che il privato avesse comunicato l'intenzione di attendere il rilascio dell'autorizzazione sismica non dice alcunché circa la dedotta assenza di un'effettiva volontà di realizzare il manufatto. Quanto alla seconda, osserva il T.A.R. che la celerità nell'evasione della pratica non è causa di illegittimità dei provvedimenti conclusivi, né da essa si ricava (come preteso dai ricorrenti) alcun sintomo di eccesso di potere. Con riguardo, infine, alla violazione delle garanzie partecipative, la sentenza invoca i principi dell'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, osservando come l'infondatezza delle censure dei ricorrenti dimostri che la loro eventuale partecipazione al procedimento non ne avrebbe mutato l'esito finale.

Nel gravame i ricorrenti, con l'eccezione della sig.ra Di Micco, che in corso di causa ha, come detto, depositato atto di rinuncia all'appello, contestano le conclusioni del primo giudice, argomentando in ordine alla fondatezza delle censure che il T.A.R. ha respinto.

La controinteressata sig.ra Francesca Corso, nel costituirsi in giudizio, ha riproposto l'eccezione di tardività dell'impugnativa del permesso di costruire originario, da lei già sollevata innanzi al T.A.R. e che il primo giudice ha assorbito, stante la riscontrata infondatezza del ricorso nel merito. Di tale eccezione occorre ora preliminarmente occuparsi, essendo essa idonea, qualora risultasse fondata e da accogliere, a precludere l'esame del merito dell'appello. Analogamente, la sig.ra Corso ha sollevato eccezioni processuali di inammissibilità con riferimento a ciascuno dei motivi di appello, che andranno a loro volta analizzate in via prioritaria, rispetto alla disamina nel merito dei singoli motivi.

Iniziando, dunque, dall'eccezione di tardività del ricorso introduttivo, sostiene la controinteressata che esso sarebbe stato proposto oltre il decorso del termine decadenziale, calcolato tenendo conto del momento in cui i ricorrenti avrebbero avuto "piena conoscenza" della lesività dell'intervento edilizio: tale momento – osserva la sig.ra Corso nella memoria di replica – andrebbe individuato nella data di avvio dei lavori di ricostruzione dei fabbricati (dicembre 2012), giacché fin da tale data gli appellanti, residenti in una palazzina prospiciente il cantiere, avrebbero percepito la lesività

dell'attività edilizia sul fondo confinante. Ciò tanto più sarebbe vero, in ragione del contenuto della doglianza azionata, concernente la modifica della distanza tra il muro posto lungo il confine e il fabbricato preesistente, poiché con la demolizione e ricostruzione di questo, i due nuovi corpi di fabbrica avrebbero palesato la loro nuova sagoma e, quindi, il contestato avvicinamento al muro.

Ne seguirebbe che la presunta lesività dell'intervento sarebbe stata percepita dagli appellanti in epoca ben anteriore alla formale acquisizione, da parte loro, della documentazione tecnica, la quale, perciò, non potrebbe valere come *dies a quo* per il decorso del termine di impugnativa.

Il tutto sarebbe stato testualmente ammesso dalle controparti, che nel ricorso introduttivo avrebbero riconosciuto che i lavori di riedificazione del fabbricato erano in corso fin dal mese di dicembre 2012 e di avere atteso circa sei mesi da tal momento per proporre l'istanza di accesso agli atti – che certo non varrebbe ai fini della rimessione in termini – per acquisire la documentazione tecnica relativa alla pratica edilizia dal Comune di Frattamaggiore e valutare le iniziative a difesa.

Sul punto il Collegio osserva quanto segue.

L'eccezione di tardività era stata assorbita in primo grado dal T.A.R., il quale – come detto – non si era pronunciato su di essa in ragione della complessiva infondatezza del ricorso: è, perciò, corretta la sua riproposizione in semplice memoria, nella forma, appunto, di eccezione, anziché tramite appello incidentale.

Nel merito, tuttavia, l'eccezione è infondata, essendo invece fondato il motivo I) dell'appello, con il quale si sostiene la tempestività dell'impugnazione.

Invero, la controinteressata eccepisce la tardività dell'impugnazione del permesso di costruire n. 24 del 27 aprile 2010, impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e, per tal via, la tardività di detto ricorso, ma a ben vedere l'eccezione si riferisce ad una sola delle censure con esso dedotte, quella inerente la pretesa violazione delle distanze, e non anche alle altre: pertanto, ad onta della sua formulazione, l'eventuale accoglimento dell'eccezione non porterebbe alla declaratoria di tardività dell'impugnazione del ridetto permesso di costruire, ma, semmai, solo dell'ora vista censura circa la violazione delle distanze, mentre le altre censure rimarrebbero in piedi, non essendo in alcun modo dimostrata la loro tardività.

Al contrario, il ricorso contiene censure aventi ad oggetto vizi degli atti impugnati (in specie: quelli relativi allo scomputo dalle superfici e dalle volumetrie dei locali non residenziali e quelli relativi alla scelta del parametro tecnico per il calcolo dell'inclinazione) che non avrebbe potuto essere percepiti dagli appellanti se non consultando il progetto mediante accesso agli atti: e rispetto a tale momento la controinteressata non eccepisce alcuna intempestività dell'impugnazione.

Analogamente, la lesività della destinazione dei sottotetti, oggetto di specifica censura, non avrebbe potuto essere colta se non in esito all'ultimazione del fabbricato e, verosimilmente, alla visione degli elaborati progettuali in sede di accesso agli atti.

Peraltro, anche nei confronti della censura relativa alla violazione delle distanze manca la prova certa e rigorosa della tardività della sua proposizione: prova che, per giurisprudenza costante, deve essere fornita dalla parte che solleva l'eccezione.

La giurisprudenza univoca ha infatti affermato che la prova della "piena conoscenza" della lesività dell'atto acquisita *aliunde*, posta a base dell'eccezione di tardività di un ricorso, deve essere rigorosa, nonché fornita dalla parte che solleva detta eccezione: tale prova deve essere assistita da rigorosi e univoci riscontri oggettivi, dai quali si possa desumere con assoluta certezza il momento della piena conoscenza dell'atto o fatto e la verifica della cd. piena conoscenza deve essere estremamente cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni, né su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151; Sez. IV, 8 giugno 2020, n. 3629; Sez. II, 18 novembre 2019, n. 7857).

Orbene, nel caso di specie la sig.ra Corso si diffonde sulla suddetta eccezione nella memoria versata in atti nel giudizio innanzi al T.A.R. in data 8 luglio 2013, richiamata negli scritti dell'appello, ma gli elementi ivi contenuti non oltrepassano il livello di mere supposizioni e deduzioni, pur ragionevoli: essi, quindi, non sono tali da comprovare con assoluta certezza la percezione della lesività degli atti da parte dei ricorrenti ad un momento, rispetto al quale la proposizione dell'impugnazione sarebbe intempestiva, perché fanno riferimento ad uno stadio di avanzamento dei lavori (l'ultimazione della struttura del piano terra) che, di per sé, è insufficiente.

L'eccezione di tardività dell'impugnazione è, dunque, nel suo complesso infondata e da respingere, così come – analogamente – sono infondate e da respingere le altre eccezioni di rito formulate dalla sig.ra Corso.

In particolare, la censura inerente la violazione delle distanze va esaminata in relazione alla distanza tra il nuovo fabbricato e il muro di confine, così come, del resto, contestato nel motivo III) dell'atto di appello, dove si legge quanto segue:

*“All'esito dell'intervento (...) la sig.ra Corso avrà completamente modificato la sagoma dei fatiscenti corpi di fabbrica preesistenti posizionando il nuovo ingombro, lungo il confine nord-ovest, ad appena (anzi, addirittura meno) di 3,00 mt dal muro di cinta di proprietà degli appellanti, laddove l'immobile originario si trovava a 9,22 mt.*

*Nel giudizio di primo grado, è stato chiarito che il mancato rispetto delle originarie distanze tra edifici è rimasto invariato anche nel corso della caotica sequela procedimentale”.*

Dunque, gli appellanti hanno lamentato il mancato accoglimento, da parte del T.A.R., del motivo di ricorso avente ad oggetto l'inosservanza delle distanze di legge (da individuare in quelle preesistenti) tra il nuovo fabbricato ed il muro di

confine: per questo verso non vi è, perciò, nessuna violazione del divieto dei “*nova*” in appello. Solo in subordine, ove si escludesse che detto muro integri un volume edificato, hanno comunque lamentato l’inosservanza delle distanze tra i fabbricati, assumendo anche stavolta, quale parametro di legge, quello delle distanze preesistenti: ma, come si vedrà *infra*, non è necessario prendere in esame tale ipotesi subordinata.

Neppure rilevano, come del pari si vedrà *infra*, le censure di illegittimità autonoma degli artt. 3 e 5 delle N.T.A. del P.R.G., sicché anche in questo caso l’eccezione di improcedibilità e inammissibilità di dette censure non è suscettibile di accoglimento.

Da ultimo, sono infondate le eccezioni processuali di inammissibilità dei motivi d’appello aventi ad oggetto, rispettivamente, l’abusiva equiparazione di superfici e volumi riferiti a locali propriamente tecnici preesistenti con quelli risultanti dall’intervento, e la violazione del vincolo posto dall’art. 88 del regolamento edilizio in materia di arretramento del corpo di fabbrica dal fronte stradale.

Eccepisce, al riguardo, la controinteressata che per ambedue tali censure sarebbe violato il principio di specificità dei motivi di impugnazione di cui all’art. 101, comma 1, c.p.a., risolvendosi le stesse in una mera riproposizione delle deduzioni contenute nel ricorso di primo grado e nei relativi motivi aggiunti, senza alcuna specifica censura al percorso logico-giuridico e alla motivazione della sentenza di prime cure, la quale risulterebbe sul punto, in sostanza, inoppugnata.

L’eccezione è, però, confutata dalla lettura dell’atto di appello, in cui si rinvergono – relativamente alle doglianze in esame – specifiche censure avverso la sentenza impugnata, con l’indicazione delle ragioni per le quali questa sarebbe sul punto erronea e da riformare (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. II, 12 marzo 2021, n. 2152; id., 21 maggio 2019, n. 3253; Sez. V, 4 aprile 2017, n. 1543; id., 17 giugno 2014, n. 3088; Sez. III, 3 aprile 2017, n. 1529; Sez. IV, 26 settembre 2016, n. 3936; Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 158).

Ad esempio, con il motivo d’appello IV) gli appellanti hanno tra l’altro criticato la motivazione della sentenza di prime cure secondo cui il d.m. n. 801/1977 rileva a soli fini fiscali e non urbanistici, né edilizi, in quanto essa eluderebbe il principio di proporzionalità che deve assistere l’azione della P.A. nella gestione del territorio: principio in base al quale occorre evitare, in comparti già compromessi – come accade nei centri storici – l’aggravio dei carichi urbanistici senza la proporzionale attivazione di procedure di garanzia degli *standard*.

Con il motivo d’appello V), poi, hanno contestato l’assunto del T.A.R., secondo cui essi avrebbero omesso di specificare, in relazione alla dedotta violazione dell’art. 88 del regolamento edilizio, quale sarebbe la corretta larghezza stradale e quale il piano inclinato ideale da considerare. In particolare, hanno evidenziato che l’art. 88 è posto a presidio di esigenze quali il rispetto delle norme igienico-sanitarie e la tutela della *privacy*, che, contemperate con superiori interessi pubblici (sicurezza degli accessi e del pubblico transito, preventiva tutela dei pedoni), imporrebbero di calcolare l’arretramento in asse al punto più stretto della stradina ovvero, in estremo subordine, in asse alla larghezza effettiva di ciascuno dei punti dove si registra un cambio di sezione.

Esaurita la disamina delle eccezioni di rito, si viene ora al merito dell’appello.

Al riguardo, si ritiene di analizzare prioritariamente il motivo d’appello VI), attinente alla decadenza del permesso di costruire n. 24/2010 per mancato tempestivo avvio dei lavori, giacché esso denota un vizio più radicale dell’operato della P.A. (C.d.S., A.P., 27 aprile 2015, n. 5). Infatti, la sua eventuale fondatezza comporterebbe: a) che il predetto titolo edilizio sarebbe venuto meno, travolgendo, altresì, i permessi rilasciati in variante; b) che sarebbe illegittima l’intera sequenza procedimentale, poiché il Comune di Frattamaggiore, anziché dichiarare la decadenza del titolo, lo avrebbe tenuto fermo e, per l’effetto, avrebbe assentito le due varianti.

Lamentano, sul punto, i ricorrenti che il permesso di costruire n. 24/2010, rilasciato il 27 aprile 2010, è stato notificato il 5 novembre 2010 alla sig.ra Francesca Corso e che costei ha notiziato il Comune dell’inizio delle attività con missiva del 27 settembre 2011, avvisando che i lavori si sarebbero per il momento limitati alla demolizione dell’immobile esistente, in attesa del rilascio dell’autorizzazione sismica, a seguito dell’avvenuto deposito al Genio Civile di Napoli del calcolo strutturale l’8 giugno 2011. Ne deducono che, essendo stata l’attività di costruzione dei corpi di fabbrica avviata solo nel mese di dicembre 2012, tale avvio avrebbe avuto luogo ben oltre il termine di dodici mesi prescritto dall’art. 15, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, il che avrebbe comportato a carico del Comune l’onere di dichiarare la decadenza del titolo abilitativo.

Il motivo, nondimeno, è palesemente infondato, non essendo possibile scindere l’intervento assentito, che è e resta unitario sia che lo si configuri come “sostituzione edilizia”, sia che lo si intenda invece come “ristrutturazione”, in un duplice intervento, da un lato di demolizione del fatiscente fabbricato preesistente, e dall’altro di realizzazione del nuovo complesso immobiliare.

Del resto, la pretesa dei ricorrenti di scindere l’intervento in due si pone in contrasto con le loro stesse doglianze volte a configurarlo quale “ristrutturazione edilizia” mediante demolizione e ricostruzione del fabbricato, essendo queste due fasi di un unico intervento edilizio e non già due interventi tra loro autonomi.

Come correttamente osservato dal T.A.R. nel respingere il motivo, trattandosi di un progetto edilizio unitario, in cui la demolizione del fabbricato esistente e la sua successiva sostituzione con altri corpi di fabbrica sono tra loro inscindibilmente connesse, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza del titolo la circostanza che l’interessata abbia dato tempestiva comunicazione – in data 27 settembre 2011, quindi entro un anno dalla notifica del titolo rilasciato – dell’inizio dei lavori di demolizione. Aggiunge inoltre la sentenza che dalla missiva del 27 settembre 2011 non è dato evincere l’assenza di un’effettiva volontà di realizzare il manufatto assentito, in quanto i ricorrenti non hanno

contestato che fosse necessario attendere il rilascio dell'autorizzazione sismica: ed anche questa riflessione si mostra corretta e condivisibile.

Del pari è infondato il motivo d'appello VII) nella parte in cui si lamenta con esso l'eccessiva celerità serbata dal Comune di Frattamaggiore nel disbrigo delle pratiche di rilascio dei permessi di costruire in variante n. 78/2013 e n. 142/2013.

Ha, infatti, obiettato giustamente il primo giudice che la celerità nell'evasione delle istanze di rilascio dei permessi in variante non può costituire motivo di illegittimità dei medesimi provvedimenti e che i ricorrenti non hanno titolo per lamentarsi dell'eventuale inosservanza dell'ordine cronologico delle domande, la quale, di per sé, non costituisce sintomo del dedotto eccesso di potere.

Sul punto si ricorda l'insegnamento della giurisprudenza consolidata, secondo cui il vizio di eccesso di potere per sviamento (qualificato come "*sviamento dell'azione amministrativa*" nella rubrica del motivo I) del primo ricorso per motivi aggiunti proposto innanzi al T.A.R.) – consistente nell'effettiva e comprovata divergenza fra l'atto e la sua funzione tipica – va supportato da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dare conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale: non bastano semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. II, 30 giugno 2021, n. 4977; Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3401; Sez. IV, 22 giugno 2017, n. 3062; Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355).

Ancora, è infondato il motivo II), mediante il quale gli appellanti hanno contestato la declaratoria, da parte della sentenza gravata, di improcedibilità del ricorso nella parte in cui con lo stesso sono state censurate l'effettiva vocazione abitativa dei sottotetti termici ed il loro carattere in sostanza elusivo dei limiti di superficie e di volume assentibili.

Il primo giudice ha dichiarato improcedibile *in parte qua* il ricorso, giacché con il secondo permesso di costruire in variante (n. 142/2013) i riferiti sottotetti non fanno più parte dell'intervento: il progetto in variante assentito, infatti, non prevede più la loro costruzione, ma, al contrario, la realizzazione di due meri lastrici solari di copertura, previa demolizione di quello già edificato.

Gli appellanti ribattono, in proposito, adombrando il possibile recupero futuro dell'ingombro, di cui sarebbero indizi le circostanze che sono stati lasciati i muri di cinta, e che è stato, altresì, lasciato un vano ascensore a servizio del lastrico solare, ma hanno torto, perché – come rilevato dal T.A.R. – la "*suscettibilità edilizia*" del lastrico solare, da essi paventata, è solo una congettura. Infatti, l'eventuale ripristino del piano mansardato – stante la sua eliminazione dal progetto assentito – non potrebbe che essere frutto di attività edilizia abusiva, perché non sorretta dal titolo abilitativo, e pertanto destinata all'intervento repressivo del Comune.

Sono, invece, fondate le censure di tenore sostanziale dedotte con i motivi III), IV) e V) dell'appello, nonché la doglianza procedimentale dedotta con il successivo motivo VII).

È, anzitutto, fondato il motivo di appello III), con cui si lamenta il mancato accoglimento, da parte della sentenza impugnata, delle censure mosse dai ricorrenti avverso il permesso di costruire per avere esso ad oggetto un intervento irrispettoso della normativa sulle distanze.

In particolare, il capo della sentenza che ha respinto il motivo in esame si mostra censurabile sotto i seguenti profili:

a) il T.A.R. ha operato una commistione tra i nn. 1) e 2) dell'art. 9 del d.m. n. 1444/1968, contenente la disciplina delle distanze minime tra fabbricati. In particolare, il n. 1) prevede che per le zone A, in relazione agli interventi di risanamento conservativo e di ristrutturazione, "*le distanze tra gli edifici non possono essere inferiori a quelle intercorrenti tra i volumi edificati preesistenti (...)*", mentre il n. 2) stabilisce che per i nuovi edifici ricadenti in altre zone "*è prescritta in tutti i casi la distanza minima assoluta di m. 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti*".

Ad avviso del Collegio, il muro di confine posto lungo il lato occidentale, rispetto al quale i ricorrenti lamentano la violazione del criterio fissato dall'art. 9, n. 1) cit., ben può essere annoverato tra i "*volumi edificati preesistenti*", cosicché rispetto ad esso avrebbe dovuto essere garantita l'osservanza del parametro di cui al citato n. 1), ciò che è pacificamente escluso nel caso di specie;

a1) la commistione consiste nell'aver ritenuto ammissibili in zona A le nuove costruzioni, il che non è previsto dal n. 1) dell'art. 9 (dovendosi perciò invocare, a tal fine, l'art. 7 del d.m. n. 1444/1968), ma nell'aver poi applicato, quale disciplina sulle distanze, quella dettata dal n. 2) dell'art. 9, che riguarda sì le nuove costruzioni (a cui andrebbero assimilate le "sostituzioni edilizie"), ma per le zone diverse dalla A: l'estensione di tale disciplina anche alle fattispecie di nuove costruzioni in zona A viene giustificata dalla giurisprudenza in base al ricorso all'analogia, ma si tratta di un'estensione che nella fattispecie in esame non convince, in quanto finisce per dettare una disciplina di minor rigore rispetto a quella del n. 1) del medesimo art. 9 (che nella predetta fattispecie risulta più rigorosa). Una tale conclusione è, però, contraddittoria, ove si consideri che l'indirizzo giurisprudenziale favorevole

all'estensione analogica della regola dell'art. 9, n. 2), del d.m. n. 1444/1968 alle nuove costruzioni in zona A si ispira ad una *ratio* di maggior tutela delle distanze tra fabbricati nei centri storici, di regola assai "ingolfati" dal punto di vista edilizio, con un tessuto, cioè, ad elevata densità edilizia, nell'ottica della salvaguardia dell'igiene e della salubrità degli ambienti: salvaguardia che, invece, nel caso ora in esame sarebbe attenuata dall'applicazione della regola dettata dal n. 2) dell'art. 9 cit., rispetto a quella posta dal n. 1);

a2) appare, perciò, preferibile l'altro indirizzo (Cass. civ., Sez. II, 12 maggio 2008, n. 12767), secondo cui "*l'art. 9, comma 1 n. 2, d.m. 2 aprile 1968 n. 1444 – emanato in forza dell'art. 41 quinquies l. 17 agosto 1942 n. 1150, aggiunto dall'art. 17 l. 6 agosto 1967 n. 765 – in base al quale la distanza tra pareti finestrate di edifici frontisti non deve essere inferiore a dieci metri, si riferisce alle sole nuove edificazioni consentite in zone diverse dal centro storico (zona A),*

posto che in questo ultimo, dove vige il generale divieto di costruzioni ex novo, la norma si limita a prescrivere che la distanza non sia inferiore a quella intercorrente tra i volumi edificati preesistenti”;

b) in secondo luogo, il T.A.R. ha dato rilievo, ai fini della qualificazione dell'intervento non come ristrutturazione, ma come “sostituzione edilizia”, all'art. 3 delle N.T.A. del P.R.G. (il quale annovera la sostituzione edilizia tra gli interventi ammessi sul patrimonio edilizio esistente, chiarendo che essa consiste “nella demolizione di edifici e nella loro sostituzione, anche con sagoma modificata, nel rispetto delle norme specifiche per ogni ZTO”), nonché al successivo art. 5 delle N.T.A. (che a sua volta ammette in zona A gli interventi di sostituzione). A questo fine la sentenza ha ritenuto che si dovesse tenere conto della disciplina vigente nel 2010 – epoca del rilascio del permesso di costruire originario – la quale imponeva, affinché un intervento di demolizione e ricostruzione potesse farsi rientrare nella ristrutturazione edilizia, il limite del rispetto della sagoma: limite che nella fattispecie in esame non è stato osservato, perché il permesso di costruire originario ha previsto un mutamento di sagoma rispetto al complesso immobiliare preesistente. Di qui la qualificazione dell'intervento in termini di sostituzione edilizia e, quindi, di “nuova costruzione” e il suo conseguente assoggettamento – come visto al punto precedente – al criterio previsto dal n. 2) dell'art. 9 cit. (distanza minima di mt. 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti);

b1) la sentenza ha giudicato irrilevanti le modifiche apportate all'art. 3 del d.P.R. n. 380/2001 dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (conv. con l. n. 9 agosto 2013, n. 98), che, per gli interventi di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione, ha eliminato il limite del rispetto della sagoma del preesistente edificio. Infatti, è vero che detta modifica è intervenuta prima del rilascio del secondo permesso di costruire in variante (datato 24 settembre 2013): questo, tuttavia, – nota la sentenza – ha riguardato aspetti progettuali diversi dal mutamento della sagoma rispetto al complesso immobiliare da demolire: mutamento che – si ribadisce – era invece contenuto nel progetto allegato al permesso n. 24 del 27 aprile 2010;

b2) l'argomentazione, però, non persuade, perché trascura il carattere unitario dell'intervento edilizio *de quo*, il quale ha assunto i suoi caratteri definitivi solo all'esito del rilascio del secondo permesso in variante n. 142 del 24 settembre 2013 e non prima: a tale conclusione si perviene perché le varianti hanno interessato un profilo progettuale, quello dei sottotetti, tutt'altro che marginale, in quanto senza l'eliminazione dei sottotetti – prevista, appunto, dalla seconda e ultima variante – il T.A.R. avrebbe presumibilmente accolto il ricorso, come aveva, infatti, accolto sul punto l'istanza cautelare. Ma se così è e se dunque l'intervento va considerato in modo unitario, ricomprendendo assieme al permesso originario del 2010 anche la prima variante del giugno 2013 e la seconda del settembre 2013, emessa quando era già intervenuta la modifica normativa che aveva eliminato per le ristrutturazioni edilizie la necessità del rispetto della sagoma, ne segue che detta modifica normativa deve applicarsi al caso ora in esame e che, quindi, l'intervento va qualificato in termini di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione dell'edificio esistente;

b3) la qualificazione dell'intervento in termini di ristrutturazione edilizia, anziché di sostituzione, ha il pregio di una più immediata rispondenza alla disciplina dell'art. 9 del d.m. n. 1444/1968, il quale, come si è visto, nel regolamentare al n. 1) le distanze tra edifici in zona A, menziona i soli interventi di risanamento conservativo, e, appunto, di ristrutturazione;

b4) in altre parole, l'intervento edilizio per cui è causa ha assunto le sue caratteristiche definitive solo dopo l'ultima variante, quella del settembre 2013, dunque nella vigenza del testo dell'art. 3 del d.P.R. n. 380/2001 modificato dal d.l. n. 69/2013 (conv. con l. n. 98/2013). È la stessa sentenza impugnata a parlare, d'altronde, di un'attività di *reductio ad legitimitatem* del progetto originario e delle opere in esecuzione, tale da rendere l'uno e le altre conformi a legge: attività che, dopo l'accoglimento da parte del T.A.R. dell'istanza cautelare formulata con i primi motivi aggiunti, è stata svolta dalla sig.ra Corso tramite la presentazione della seconda variante, assentita dalla P.A. con il rilascio del permesso n. 142/2013. Ma, allora, ci si trova dinanzi a un intervento di ristrutturazione edilizia che, come tale, è assoggettato alla disciplina sulle distanze di cui all'art. 9, n. 1), del d.m. n. 1444/1968 (vincolo delle distanze preesistenti).

In conclusione, il motivo ora analizzato è fondato in quanto, sia che si consideri l'intervento quale di nuova costruzione (ma in zona A), sia che lo si configuri, invece, come preferibile, quale intervento di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione dell'edificio esistente, ad esso deve comunque applicarsi la regola sul rispetto delle distanze preesistenti posta dall'art. 9, n. 1), del d.m. n. 1444 cit.: regola che, però, nel caso di specie è stata violata.

È altresì fondato il motivo d'appello IV), dovendosi ritenere che le superfici e i volumi dei locali posti al piano terra dei nuovi corpi di fabbrica con destinazione ad uffici o commerciale, in quanto idonei ad incidere in modo rilevante sugli *standard*, avrebbero dovuto essere conteggiati ai fini del calcolo di superficie e volume assentibili.

Sul punto la sentenza appellata invoca, in contrario, l'art. 3 delle N.T.A. del P.R.G., il quale pone agli interventi di sostituzione edilizia, come unico limite, la condizione che il volume di progetto non sia superiore a quello preesistente. Invoca, ancora, l'art. 5 delle N.T.A., il quale consente in zona A gli interventi di sostituzione dei manufatti edilizi esistenti a parità di volume e di superficie, senza fare alcuna distinzione tra superficie residenziale e superficie non residenziale. Nega, poi, la rilevanza del d.m. n. 801/1977 – invocato dai ricorrenti – perché questo ha ad oggetto soltanto la determinazione del costo di costruzione dei nuovi edifici e, dunque, non concerne la legittimità edilizia ed urbanistica delle costruzioni.

Le suesposte argomentazioni non convincono.

In disparte, infatti, la possibilità di applicare alla materia in esame il d.m. n. 801/1977, il quale ha ad oggetto la determinazione del costo di costruzione di nuovi edifici, sono i principi generali su cui si fonda l'urbanistica che avrebbero imposto di tenere conto anche dei locali in discorso, posti al piano terra ed aventi destinazione ad uffici o commerciale, i quali generano un carico urbanistico e, quindi, non possono essere valutati alla stregua di volumi tecnici

(che, invece, non generano un simile carico). Illegittimamente, perciò, il Comune ne ha consentito l'assimilazione ai volumi tecnici del fabbricato preesistente, ai fini del loro scomputo dalle superfici e volumetrie assentibili. Né rilevano in contrario gli artt. 3 e 5 delle N.T.A. del P.R.G., anzitutto perché – come detto – essi si riferiscono agli interventi di sostituzione edilizia, mentre nel caso di specie l'intervento va qualificato in termini di ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione del fabbricato esistente. In ogni caso, il fatto che né l'art. 3, né l'art. 5 delle N.T.A. introducano distinzioni tra superfici residenziali e superfici non residenziali non vale, di per sé, quale prova che di queste ultime non debba tenersi conto in sede di rilascio del permesso di costruire.

Ancora, è fondato il motivo V), concernente l'erroneità della sentenza appellata per non avere questa accolto la censura di violazione dell'art. 88 del regolamento edilizio comunale, in forza del mancato arretramento del corpo di fabbrica sul lato sud in misura sufficiente a rispettare il vincolo, posto da detta norma, per cui l'edificio di progetto deve essere contenuto nel piano ideale inclinato di 30° sulla verticale a partire dal ciglio opposto della strada.

I ricorrenti hanno contestato l'utilizzo da parte della controinteressata, quale parametro di calcolo del suddetto arretramento, del criterio della larghezza media della strada. La sig.ra Corso ribatte che tale parametro è stato prescelto non già per finalità elusive del vincolo, ma perché si tratta di una via con un andamento irregolare: in alcuni punti è più larga, mentre in altri è strettissima; se, dunque, si fosse scelto un altro parametro, il rischio sarebbe stato quello di costruire un edificio che avrebbe dovuto avere un andamento altrettanto irregolare e che, perciò, sarebbe stato irrealizzabile.

L'obiezione della controinteressata, pur sensata, non è decisiva, così come non può essere condiviso l'assunto del primo giudice, secondo cui i ricorrenti non avrebbero indicato il parametro alternativo a loro avviso utilizzabile.

Se, infatti, la *ratio* della norma regolamentare sull'arretramento delle facciate è quella di preservare la luminosità e la salubrità degli ambienti (nel che risiede un indubbio interesse pubblico), è, allora, evidente come la regola non possa che essere quella di scegliere il punto della strada in questione, da cui l'arretramento del palazzo sarà massimo, cioè il punto in cui la strada è più stretta e, pertanto, il ciglio opposto è più vicino: in questo modo, infatti, sarà accordata, in applicazione del principio di precauzione, la più elevata tutela al pubblico interesse alla salubrità degli ambienti, da ritenere senza dubbio prevalente sull'interesse del privato al massimo sfruttamento delle potenzialità edificatorie dell'area di proprietà.

Da ultimo è fondato anche il motivo VII) dell'appello, nella parte in cui reca la doglianza di tenore procedimentale inerente il *vulnus* delle garanzie partecipative degli odierni appellanti, nel corso dei procedimenti di rilascio dei due permessi in variante del 2013, sebbene fosse già pendente tra le parti il giudizio di primo grado.

Vero è, infatti, che la regola generale accolta dalla giurisprudenza è quella per cui i Comuni non sono tenuti a comunicare ai proprietari frontisti ed ai vicini l'avvio del procedimento volto al rilascio della concessione edilizia, dal momento che gli interessi coinvolti dal provvedimento con cui si consente la trasformazione edilizia del territorio sono di tale varietà ed ampiezza da rendere difficilmente individuabili tutti i soggetti che dall'adozione dell'atto potrebbero ricevere nocumento (C.d.S., Sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4847; id., 24 ottobre 1997, n. 1234; Sez. VI, 15 settembre 1999, n. 1197; cfr., altresì, Sez. II, par. 23 maggio 2007 n. 413/2005).

Nel caso di specie, tuttavia, la pendenza del giudizio consentiva alla P.A. di individuare agevolmente i ricorrenti quali soggetti interessati a partecipare al procedimento di rilascio dei permessi di costruire in variante: ciò tanto più in quanto il Comune, parte del giudizio, ben sapeva che i progetti di variante riguardavano aspetti (innanzitutto i sottotetti termici e poi il muro di confine) su cui si erano appuntate specifiche censure dei medesimi ricorrenti.

Né, alla luce della fondatezza delle doglianze di ordine sostanziale sopra esposte, si può concordare con la sentenza appellata, lì dove questa ha invece ritenuto applicabile alla fattispecie la regola di non annullabilità dettata dall'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990.

In conclusione, quindi, previa declaratoria dell'estinzione del giudizio di appello con riferimento alla posizione della sig.ra Angela Di Micco, l'appello va accolto, attesa la fondatezza dei motivi con esso dedotti (III, IV, V) e VII) (*in parte qua*). Per l'effetto in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado e i relativi motivi aggiunti devono essere accolti, con conseguente annullamento dei provvedimenti con essi impugnati e, in specie, dei permessi di costruire rilasciati alla sig.ra Francesca Corso (sia quello originario, sia quelli in variante).

Non è necessario, invece, procedere all'annullamento degli artt. 3 e 5 delle N.T.A. del P.R.G., poiché si tratta di previsioni a ben vedere estranee alla fattispecie esaminata.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti della causa – compresa la sig.ra Angela Di Micco – delle spese del doppio grado di giudizio, attesa la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Seconda (II<sup>^</sup>), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiarata previamente l'estinzione del giudizio per rinuncia in relazione alla posizione dell'appellante sig.ra Angela Di Micco, accoglie il predetto appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso di primo grado, annulla i provvedimenti con questo gravati e, in specie, i permessi di costruire rilasciati alla controinteressata sig.ra Francesca Corso.

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

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere  
Carla Ciuffetti, Consigliere  
Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Pietro De Berardinis**

**IL PRESIDENTE**  
**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO