

Pubblicato il 02/02/2022  
N. 00721/2022REG.PROV.COLL.  
N. 09872/2014 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 9872 del 2014, proposto dal Comune di Ferrara, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Gualandi, Matilde Indelli, Barbara Montini, Edoardo Nannetti, con domicilio eletto presso l'avv. Guido Fiorentino in Roma, via Tibullo n.10;

**contro**

Signora Luciana Malavasi, rappresentata e difesa dagli avvocati Adriano Giuffré, Riccarda Rondinini, con domicilio eletto presso l'avv. Adriano Giuffré in Roma, via dei Gracchi n. 39;

**nei confronti**

Immobiliare Giardino S.r.l., non costituita in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 361/2014, resa tra le parti, concernente l'impugnazione del titolo edilizio rilasciato alla Immobiliare Giardino S.n.c.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora Luciana Malavasi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2021 il Cons. Cecilia Altavista;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Il Comune di Ferrara, il 7 maggio 2003, rilasciava alla Immobiliare Giardino S.n.c. una concessione edilizia per un intervento di ristrutturazione di cinque fabbricati con la realizzazione di 36 rimesse interrato e il risanamento di un sesto fabbricato con modifica di destinazione d'uso, in via Piangipane, nel centro storico di Ferrara.

A seguito di vari esposti dei proprietari di immobile adiacenti, tra cui la signora Lina Negri, il Comune di Ferrara disponeva la sospensione dei lavori e l'avvio del procedimento di autotutela per la verifica della legittimità della concessione edilizia, che si concludeva con l'atto del 11 febbraio 2005 in cui il Responsabile del Servizio qualità edilizia dava atto di non doversi procedere all'annullamento, essendo irrilevanti alcune difformità riscontrate e non sussistendo il presupposto dell'interesse pubblico attuale all'annullamento per il tempo trascorso dal rilascio della concessione edilizia, mentre per l'aumento dei volumi, dovuto ad una errata interpretazione della normativa da parte della società immobiliare, si sarebbe potuta applicare la procedura di cui all'art. 25 del regolamento edilizio del Comune, che prevedeva in caso di concessioni edilizie in contrasto con la normativa vigente l'assegnazione di un termine tra 30 a 60 giorni "*per la presentazione degli elaborati e/o esecuzione delle modifiche*".

Avverso tale atto la signora Negri presentava ricorso straordinario al Capo dello Stato (che veniva poi dichiarato inammissibile con decreto del 5 maggio 2011, essendo stato proposto ricorso giurisdizionale avverso il connesso provvedimento di sospensione dei lavori).

La società quindi, il 28 febbraio 2005, presentava nuovi elaborati contenenti modifiche progettuali tramite il procedimento previsto dall'art. 25 del regolamento edilizio del Comune. Con provvedimento del Responsabile dello Sportello unico per l'edilizia dell'8 marzo 2005 il Comune dava atto dell'avvenuta sostituzione degli elaborati grafici alla concessione edilizia rilasciata nel 2003, dei pareri favorevoli dell'Ufficio e della Commissione per la qualità architettonica e paesaggio resi in data 3 marzo 2005. Pertanto il Dirigente del Servizio qualità edilizia in data 16 marzo 2015 revocava l'ordinanza di sospensione dei lavori e autorizzava la ripresa degli stessi in base agli elaborati approvati il 3 marzo 2005 dalla Commissione per la qualità architettonica e paesaggio. Avverso tali atti e avverso la concessione edilizia del 7 maggio 2003 è stato proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale dell'Emilia Romagna – sede di Bologna dalla signora Lina Negri, notificato il 16 giugno del 2005, deducendo di essere venuta a conoscenza degli elaborati presentati il 28 febbraio 2005 solo a seguito della richiesta di accesso agli atti presentata il 2 aprile 2005 e dell'accesso parzialmente effettuato il 30 aprile 2005 e con altri accessi nel maggio e il 3 giugno 2005; sono stati formulati vari motivi di illegittimità del procedimento seguito dal Comune, in primo luogo, per il mancato rilascio di un nuovo titolo edilizio a seguito della modifica del progetto nel 2005, per la sopraelevazione complessiva dei fabbricati di trenta centimetri, oltre alla realizzazione di una intercapedine di circa 50 centimetri e alla modifica delle falde del tetto; è stata poi dedotta la violazione dell'art. 3 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e della legge regionale 25 novembre 2002, n. 31, l'eccesso di potere per falso presupposto in fatto e in diritto, difetto di motivazione e di istruttoria, per il contrasto dell'intervento con le norme urbanistiche vigenti, che consentivano solo la ristrutturazione per cinque fabbricati e il restauro e risanamento conservativo per il sesto fabbricato, mentre per i cinque fabbricati per cui era stata assentita la ristrutturazione, si sarebbe trattato di interventi di ristrutturazione con demolizione e ricostruzione ma senza il rispetto né della sagoma, né della volumetria e con la modifica anche dell'area di sedime; con ulteriori censure si deduceva, che, trattandosi di un intervento di nuova costruzione, avrebbe dovuto rispettare le distanze dalle altre costruzioni; la violazione dell'art. 4.6 B del regolamento edilizio e l'eccesso di potere per la realizzazione delle rimesse interrato in misura superiore a quelle consentite da tale norma comunale, a seguito della sottrazione di un volume all'edificio sottoposto a restauro e risanamento conservativo; la violazione dell'art. 51 punto 5 lettera a) e dell'art. 31 del regolamento edilizio in relazione alla sopraelevazione in contrasto con le disposizioni che non consentono la realizzazione di edifici più alti delle mura, salva la presentazione di uno studio planovolumetrico, e con apposita deroga del consiglio comunale, mancanti nel caso di specie. E' stata, altresì, impugnata la norma dell'art. 4.6 del regolamento edilizio, che consentiva in sede di ristrutturazione modifiche della sagoma nella misura massima del 10%, in quanto in contrasto con l'art. 3 del D.P.R. 380 del 2001, deducendo che il regime degli interventi edilizi, in base alla giurisprudenza della Corte costituzionale, costituisce un principio fondamentale della materia del governo del territorio.

Nel giudizio di primo grado si costituiva il Comune di Ferrara eccependo l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso per la tardività, non essendo stata tempestivamente impugnata la concessione edilizia rilasciata il 7 maggio 2003, rispetto alla quale vi sarebbe stata solo la sostituzione degli elaborati grafici, secondo il procedimento previsto dall'art. 25 del regolamento edilizio comunale; è stata eccepita la tardività anche rispetto alla impugnazione dei pareri favorevoli alla sostituzione degli elaborati progettuali comunicati con la nota del 17 marzo 2005; la carenza di interesse all'impugnazione della sostituzione degli elaborati, in quanto il venire meno di questi ultimi ripristinerebbe quelli presentati nel 2003, per i quali la stessa ricorrente aveva presentato gli esposti; inoltre, la ricorrente non avrebbe dedotto una specifica concreta lesione dell'interesse, mentre l'intervento comporterebbe solo minime modifiche delle altezze e della sagoma, migliorative rispetto al progetto precedente. Nel merito è stata contestata la fondatezza del ricorso, sostenendo la legittimità del procedimento seguito dal Comune, in quanto previsto dall'art. 25 del regolamento comunale, nell'ambito dei poteri di autotutela, senza necessità del rilascio di un nuovo titolo edilizio; si è dedotto che le modifiche rispetto al progetto del 2003 sarebbero di minima entità sia per la modifica della sagoma sia per la rotazione degli edifici, senza influenza quindi sulle distanze; sono

stati contestati gli aumenti di volumetria rispetto allo stato preesistente; si è dedotta l'inammissibilità dei vizi relativi alla violazione delle disposizioni sulla ristrutturazione, in quanto vizi propri anche della concessione originaria del 2003, che avrebbero dovuto essere contestati tempestivamente così come la censura relativa alle autorimesse interrate; inoltre si è sostenuto che non avrebbero dovuto essere applicate le discipline relative alla ristrutturazione dell'art. 3 del D.P.R. 380 del 2001 e della regionale 25 novembre 2002, n. 31, in quanto entrate in vigore successivamente alla richiesta di concessione edilizia, presentata il 7 marzo 2002, dovendo, quindi, ritenersi consentita la ristrutturazione con modifica della sagoma; si è dedotto, altresì, che per la autorimesse si doveva considerare l'unicità dell'intervento realizzato; che, per la violazione della norma di piano relativa al rispetto dell'altezza delle mura, la norma comunale indicava l'altezza massima in relazione all'altezza degli edifici circostanti, molti già al di sopra delle mura.

Nel corso del giudizio di primo grado si costituiva la signora Luciana Malavasi, quale erede della signora Lina Negri nel frattempo deceduta.

Con la sentenza n. 361 del 3 aprile 2014 sono state respinte le eccezioni di tardività e inammissibilità del ricorso sollevate dal Comune, ritenendo l'oggetto dell'impugnazione il progetto presentato nel 2005, avente il contenuto sostanziale del permesso di costruire e tempestivamente impugnato nel termine di sessanta giorni decorrente dal 30 aprile 2005, data in cui la ricorrente aveva avuto contezza dei nuovi elaborati tramite l'esercizio del accesso; mentre il Comune non ha dato prova della data di ricevimento della comunicazione del 17 marzo 2005; il giudice di primo grado ha, poi, ritenuto sussistente l'interesse ad impugnare per la vicinanza dell'immobile oggetto dell'intervento con la proprietà della controinteressata e l'autonomia dei vizi dedotti avverso il progetto del 2005 rispetto a quello del 2003. Nel merito il ricorso è stato accolto per la fondatezza dei primi due motivi, affermando la necessità del rilascio di un nuovo permesso di costruire per la diversità degli elaborati grafici presentati nel 2005, essendo stata la soluzione progettuale del 2003 rinunciata dalla stessa controinteressata; è stato, altresì, ritenuto sussistente il contrasto dell'intervento con lo strumento urbanistico vigente nel Comune di Ferrara, che consentiva solo la ristrutturazione totale per cinque fabbricati e il restauro e risanamento conservativo per il sesto, essendo stata realizzata la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione con modifiche della sagoma e del volume (per la realizzazione della intercapedine di 50 centimetri) non consentite per tali interventi di ristrutturazione, in base a consolidati orientamenti giurisprudenziali espressamente richiamati nella sentenza. Sono state assorbite le ulteriori censure.

Avverso tale pronuncia il Comune di Ferrara ha proposto appello, riproponendo, in primo luogo, le eccezioni di tardività e carenza di interesse respinte dal giudice di primo grado, deducendo che l'impugnazione proposta in primo grado non aveva ad oggetto una variante al titolo edilizio ma solo la sostituzione degli elaborati progettuali, in base alla procedura dell'art. 25 del regolamento edilizio comunale, che consentirebbe, in via di autotutela, di emendare eventuali vizi progettuali, mentre il titolo edilizio rilasciato il 7 maggio 2003 non è mai stato annullato in via di autotutela e, quindi, l'eventuale annullamento della sostituzione progettuale farebbe rivivere il progetto posto a base di tale concessione; è stata riproposta l'eccezione di tardività anche rispetto alla sostituzione del progetto nel 2005, in quanto conosciuta a seguito della nota del 17 marzo 2005, di cui non sarebbe stata contestata da parte della ricorrente l'avvenuta ricezione, mentre l'istanza di accesso è stata presentata solo il 2 aprile 2005 chiedendo di visionare gli atti il 30 aprile 2005. Nel merito si contestano le argomentazioni del giudice di primo grado, che ha ritenuto l'autonomia dei vizi del progetto del 2003 confrontandolo con lo stato di fatto preesistente, mentre avrebbe dovuto essere rapportato al progetto del 2003 mai impugnato, rispetto al quale vi sarebbe una riduzione dei volumi e delle altezze, proprio in adeguamento ai rilievi della controparte; sono state, contestate, quindi le modifiche all'altezza, in quanto dipendenti in parte dal livellamento del terreno; con riferimento al cavedio di 48 centimetri è stato dedotto che, oltre ad essere già previsto anche nel progetto del 2003, sarebbe stato realizzato al di sotto della quota 0,00; inoltre, il volume complessivo realizzato sarebbe poi inferiore a quello iniziale; la difesa appellante ha, poi, dato espressamente atto della modifica della sagoma dovuta alla *“diversa forma di copertura progettata per la funzione abitativa rispetto all'originaria funzione*

*produttiva*” operata a seguito di compensazioni di volumi, quindi senza aumento della volumetria complessiva; le varie modifiche sarebbero comunque inferiori a quelle consentite dalla norma del Regolamento edilizio e delle NTA del PRG nella misura del 10% per la ristrutturazione edilizia con demolizione e ricostruzione; sono state, altresì, contestate le argomentazioni della sentenza in ordine al procedimento, ai sensi dell’art. 25 del regolamento edilizio comunale - che, secondo la ricostruzione della difesa appellante, sarebbe un procedimento di autotutela, che consente di emendare vizi di un titolo edilizio senza procedere all’annullamento - norma non impugnata dalla parte ricorrente in primo grado; inoltre tale norma sarebbe analoga a quella prevista dall’art. 19 della legge n. 241 del 1990 in caso di SCIA; con riferimento al secondo motivo accolto dal giudice di primo grado, relativo alla violazione della norme sugli interventi edilizi, la difesa comunale ha sostenuto che sia l’art. 3 del D.P.R. 380 del 2001 che la legge regionale n. 31 del 2002 sarebbero entrate in vigore successivamente alla domanda di concessione edilizia presentata il 7 marzo 2002 e non sarebbero, quindi, alla stessa applicabili; comunque la censura avrebbe dovuto essere proposta nei confronti della concessione edilizia rilasciata nel 2003, in quanto questa già prevedeva un intervento di ristrutturazione con modifiche di volume e sagoma consentito dalle norme di legge allora vigenti e, comunque, tali modifiche sarebbero consentite dalle norme urbanistiche comunali.

Si è costituita in giudizio la signora Malavasi contestando la fondatezza dell’appello, in particolare deducendo, in ordine alla tardività, di non avere mai ricevuto la nota del 17 marzo 2005 e di avere interesse all’annullamento del progetto, sia per la vicinanza della propria abitazione sia per la modifica dell’assetto urbanistico edilizio dell’area; ha contestato le argomentazioni nel merito dell’atto di appello e riproposto le censure assorbite dal giudice di primo grado relative alla violazione delle distanze, all’illegittimo utilizzo di volumi del sesto edificio per le autorimesse interrato, al superamento dell’altezza delle mura.

Il 29 settembre 2021 il Comune di Ferrara ha depositato certificato di morte della signora Malavasi. All’udienza del 23 novembre 2021 l’appello è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

In via preliminare, deve essere precisato che l’avvenuto deposito in giudizio del certificato di morte della signora Malavasi da parte del Comune di Ferrara non comporta alcuna conseguenza processuale sul presente giudizio.

Infatti, ai sensi dell’art. 300 c.p.c., applicabile al processo amministrativo, in base al richiamo di cui all’art. 79 c.p.a., “*Se alcuno degli eventi previsti nell’articolo precedente (tra cui la morte della morte) si avvera nei riguardi della parte che si è costituita a mezzo di procuratore, questi lo dichiara in udienza o lo notifica alle altre parti*”.

In base alla consolidata giurisprudenza della Cassazione, la dichiarazione resa dal procuratore della parte costituita, a termini dell’art. 300 c.p.c., sebbene strutturata come dichiarazione di scienza, ha carattere negoziale e suppone la volontà del dichiarante di provocare l’interruzione del giudizio; infatti, è attribuito al difensore il diritto-potere di provocare o meno l’interruzione del processo, valutata la situazione processuale e sostanziale facente capo alla parte colpita dall’evento, con la conseguenza che quest’ultima non si realizza allorché la causa interruttiva risulti solo esposta, ma non sia finalizzata a conseguire l’effetto interruttivo previsto dal legislatore; nell’ipotesi in cui la parte sia costituita in giudizio a mezzo di procuratore, è prevista una valutazione discrezionale in ordine al pregiudizio che possa derivare alla parte sostanziale dalla prosecuzione del processo - eventualmente concordata con chi sia legittimato a costituirsi in giudizio in vece del soggetto colpito dall’evento - per cui il procuratore può anche tacere l’evento, astenendosi dal provocare l’interruzione del processo, qualora ritenga che la prosecuzione del giudizio tuteli l’interesse della parte assistita (Cassazione, Sezioni unite civili 4 luglio 2014, n. 15295; Cass. civ. sez. II, 19 maggio 2015, n. 10210; Cass. civ. sez. 6-3 ord, 21 novembre 2018, n. 30009; Cass. civ. sez. II, 28 settembre 2015, n. 19139).

Ne deriva che l’avvenuta conoscenza dell’evento morte nel presente giudizio, acquisita tramite il deposito del relativo certificato da parte del Comune di Ferrara, resta irrilevante, ai fini della interruzione del giudizio, non essendo intervenuta alcuna dichiarazione del procuratore costituito, finalizzata all’interruzione stessa.

L'appello è infondato.

Devono essere, in primo luogo, esaminati i motivi di appello con cui sono state riproposte le eccezioni di tardività e carenza di interesse.

La difesa del Comune sostiene che l'atto, che ha approvato la sostituzione degli elaborati, costituirebbe espressione del potere di autotutela che, invece, di annullare il provvedimento illegittimo ne avrebbe consentito la eliminazione dei vizi, potere espressamente previsto dall'art. 25 del Regolamento edilizio, per cui in caso in caso di concessioni edilizie in contrasto con la normativa vigente il Sindaco assegna un termine tra 30 a 60 giorni *“per la presentazione degli elaborati e/o esecuzione delle modifiche”*.

Tale ricostruzione non può essere condivisa.

La presentazione di un nuovo progetto ha comportato l'esercizio da parte del Comune di nuovi poteri edilizi con una nuova istruttoria anche tramite il parere della Commissione per la qualità architettonica e il paesaggio.

Anche a prescindere, quindi, al momento, dall'esame della questione della necessità del rilascio di un apposito titolo edilizio, a seguito della presentazione dei nuovi elaborati progettuali, in ogni caso, la modifica del progetto con la sostituzione degli elaborati ha necessariamente riaperto i termini per l'impugnazione da parte dei terzi, i quali sarebbero altrimenti rimasti privi di tutela rispetto al nuovo progetto realizzato. Infatti, anche sulla base dei principi generali affermati dalla giurisprudenza con riferimento agli atti confermativi e meramente confermativi, la modifica del progetto e la nuova istruttoria compiuta dagli uffici hanno comportato che l'Amministrazione, anche senza il formale rilascio del titolo edilizio, si sia nuovamente espressa con una nuova manifestazione di volontà e, quindi, con un atto di natura provvedimentale, che ben poteva essere impugnato nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza.

Tradizionalmente la distinzione tra atti confermativi e meramente confermativi viene ravvisata, infatti, dalla giurisprudenza nella circostanza che l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi, escludendosi che possa considerarsi meramente confermativo rispetto ad un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduto da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata; mentre ricorre invece l'atto meramente confermativo (non impugnabile), allorché l'Amministrazione si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 31 maggio 2021, n. 4157; Sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5977; Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2172; Sez. IV, 12 settembre 2018, n. 5341; Sez. IV 27 gennaio 2017, n. 357, Sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3207 12 ottobre 2016, n. 4214 e 29 febbraio 2016, n. 812).

Sulla base di tali principi generali, il ricorso di primo grado non può che essere considerato tempestivo.

Ad una diversa interpretazione non conduce neppure il riferimento all'art. 25 del regolamento edilizio comunale, che, secondo la ricostruzione della difesa comunale, attribuirebbe al Comune, nell'ambito del potere di autotutela, un potere di conformare il titolo edilizio (illegittimo).

In primo luogo, in linea generale, anche l'esercizio di tale potere *“conformativo”* da parte dell'Amministrazione non può sfuggire all'ordinario sindacato di legittimità del giudice amministrativo e, quindi, all'impugnazione da parte dei terzi.

Sotto tale profilo, deve, altresì, rilevarsi che la decisione in ordine alla mancanza dei presupposti dell'annullamento d'ufficio è stata superata, in fatto, dalla presentazione dei nuovi elaborati radicalmente modificativi del progetto preesistente e, quindi, con questo incompatibili.

Né può rilevare la disposizione citata dalla difesa comunale dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, per cui *“Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste*

*ultime*”, in quanto la disciplina dei titoli edilizi prevede procedimenti tipici senza la possibilità dell’applicazione analogica delle norme dettate per altri procedimenti ( nel caso di specie la SCIA). Ne deriva, altresì, che l’art. 25 del Regolamento edilizio deve essere interpretato nel senso di disciplinare le modalità di svolgimento dell’attività procedimentale del Comune, prevedendo l’assegnazione dei termini ai privati, ma non di implicare un regime diverso dei titoli edilizi rispetto a quello previsto dalla legge statale, per la quale i titoli edilizi sono atti tipici ognuno con il relativo procedimento (permesso di costruire, permessi in variante, permessi in sanatoria, DIA, ora SCIA, anche in variante e in sanatoria), con la conseguenza che l’attività di presentazione di nuovi elaborati, che hanno comportato modifiche al progetto già assentito, richiedeva il rilascio di un nuovo titolo edilizio o di una variante di quello originario.

Il Comune sostiene la tardività anche rispetto al momento in cui la parte Negri-Malavasi avrebbe avuto conoscenza dell’approvazione della sostituzione degli elaborati, che sarebbe avvenuta con la nota del 17 marzo 2005, contestando che possa essere addossato al Comune l’onere della prova circa l’avvenuta comunicazione della nota, come ritenuto dal giudice di primo grado, e il tempo intercorso fino alla richiesta di accesso agli atti il 2 aprile 2005 e al successivo accesso il 30 aprile 2005.

Ritiene il Collegio sul punto di richiamare i principi giurisprudenziali consolidati, in materia di impugnazione del titolo edilizio, per cui la “*piena conoscenza*”, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione di un titolo edilizio rilasciato a terzi, viene individuata nel momento in cui i lavori hanno avuto inizio, nel caso si contesti in radice l’edificabilità dell’area, mentre per le altre censure con la conoscenza cartolare del titolo e dei suoi allegati progettuali o, in alternativa, il completamento dei lavori, che disvelino in modo certo e univoco le caratteristiche essenziali dell’opera, l’eventuale non conformità della stessa rispetto alla disciplina urbanistica, l’incidenza effettiva sulla posizione giuridica del terzo (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2011, n. 15; Sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5170; Sez. V n. 3777 del 27 giugno 2012; Sez. IV, 10 giugno 2014, n. 2959). Tali affermazioni vengono temperate con la tutela delle esigenze di certezza dell’ordinamento, per cui il terzo non può essere considerato libero di decidere se e quando accedere agli atti. Nel sistema delle tutele, il diritto di accesso e le modalità del suo esercizio, in mancanza di una completa ed esaustiva conoscenza del provvedimento, costituiscono fattori che, così come il completamento dei lavori ed il tipo dei vizi deducibili in relazione a tale completamento, concorrono ad individuare, con riferimento al caso concreto, il punto di equilibrio tra i principi di effettività e satisfattività da una parte, e quelli di certezza delle situazioni giuridiche e legittimo affidamento dall’altra. Infatti, il principio di trasparenza, sostanza e rende effettiva la tutela del terzo attraverso il diritto alla piena conoscenza della documentazione amministrativa, ma tale diritto rimane uno strumento che il terzo ha l’onere di attivare non appena abbia contezza od anche il ragionevole sospetto che l’attività materiale pregiudizievole, che si compie sotto i suoi occhi, sia sorretta da un titolo amministrativo abilitante, non conosciuto o non conosciuto sufficientemente (Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 322; Sez. II, 26 giugno 2019, n. 4390).

Applicando tali principi a cui il Collegio intende dare continuità, si deve rilevare che, nel caso di specie, i vizi fatti valere con il ricorso richiedevano sicuramente l’esame degli elaborati progettuali, che è avvenuto solo il 30 aprile 2005 a seguito dell’esercizio del diritto di accesso.

Non vi è poi alcuna prova in atti della avvenuta comunicazione alla signora Negri della nota del 17 marzo 2005, con cui si dava atto della sostituzione degli elaborati; sul punto, correttamente, il giudice di primo ha affermato che l’onere della prova incombe su chi eccepisce la tardività del ricorso.

La giurisprudenza è, infatti, costante nel ritenere che sia posto a carico della parte che eccepisce la tardività dell’impugnazione l’onere di fornire la prova rigorosa che il ricorrente abbia avuto piena conoscenza dei provvedimenti impugnati in un momento anteriore al sessantesimo giorno antecedente la notifica del ricorso (Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2020, n. 7046; Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2616).

Pertanto, la richiesta di accesso in data 2 aprile 2005 deve essere considerata tempestiva.

Ne deriva che non può considerarsi tardivo il ricorso notificato il 16 giugno 2005, essendo intervenuta la conoscenza degli elaborati solo in data 30 aprile 2005 e non risultando specificamente la integrale disponibilità in una data precedente al 16 aprile 2005.

E' infondata, altresì, l'eccezione di carenza di interesse che, secondo la difesa comunale, deriverebbe dalla circostanza che, in caso di annullamento della sostituzione degli elaborati, riviverebbe il titolo edilizio del 2003.

La presentazione del nuovo progetto nel 2005 (per cui avrebbe dovuto essere rilasciato un nuovo titolo edilizio), ha comportato, anche se solo in via di fatto - non essendo stata formalizzata una formale rinuncia - il superamento della concessione edilizia del 7 marzo 2003.

Sotto tale profilo, correttamente il giudice di primo grado ha fatto riferimento alla rinuncia alla concessione del 2003, essendo evidente che la presentazione dei nuovi elaborati riguardanti la totalità dell'intervento contestato, ha provocato il superamento della situazione di fatto e di diritto, posta a base del titolo edilizio del 2003, con rinuncia "implicita" alla precedente concessione.

Pertanto, non solo la ricorrente in primo grado aveva interesse a impugnare l'avvenuta sostituzione degli elaborati, ma anche a proporre le censure relativi a vizi che già riguardavano il precedente titolo, essendo stato questo sostanzialmente espunto dalla realtà giuridica e materiale e necessariamente sostituito da un nuovo provvedimento edilizio.

E' infondato, altresì, l'ulteriore profilo della censura di carenza di interesse sollevato dalla difesa comunale, sussistendo l'interesse ad impugnare per la posizione di "vicinitas" della parte Negri-Malavasi, in relazione al consolidato orientamento giurisprudenziale, anche della Sezione, per cui il terzo ha titolo ad adire il giudice amministrativo quando esista una situazione soggettiva ed oggettiva di stabile collegamento con la zona coinvolta da una costruzione che, se illegittimamente assentita, sia idonea ad arrecare pregiudizio ai valori urbanistici della zona medesima che il ricorrente intende conservare, onde la qualifica giuridica di proprietario di un bene immobile confinante deve di per sé ritenersi idonea a radicare la legittimazione e l'interesse al ricorso, non occorrendo altresì la verifica della concreta lesione di un qualsiasi altro interesse giuridicamente rilevante (Consiglio di Stato, Sez. II, 28 settembre 2020, n. 5691; Sez. II, 10 marzo 2021, n. 2056; Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2020, n. 8313; Sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1882).

Per completezza della motivazione si ritiene di precisare che, successivamente alla decisione del presente giudizio, è intervenuta la pronuncia della Adunanza Plenaria n. 22 del 9 dicembre 2021, che ha affermato che *"nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato"*; specificando però che *"l'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso"*.

Nel caso di specie, la sussistenza dell'interesse al ricorso, anche sotto tale profilo, risulta dalle allegazioni della parte ricorrente in primo grado e dalla modifica dell'assetto urbanistico ed edilizio dell'ambiente circostante realizzate con l'intervento edilizio, sussistenti nel caso di specie, mentre il Comune fa riferimento a valutazioni di merito, in ordine alla natura migliorativa dell'intervento rispetto allo stato di fatto preesistente, che devono ritenersi irrilevanti rispetto alla valutazione delle condizioni dell'azioni.

Anche i motivi di merito sono infondati.

Sostiene il Comune di Ferrara che il giudice di primo grado avrebbe errato nel confrontare gli elaborati grafici presentati nel 2005 con lo stato di fatto preesistente, mentre avrebbe dovuto confrontarli con gli elaborati del 2003; da tale confronto sarebbero emerse la riduzione dei volumi e delle altezze e la riconduzione della conformità dell'intervento agli stessi rilievi della parte ricorrente nei vari esposti presentati.

Tale ricostruzione non può essere condivisa.

Come già sopra evidenziato, la presentazione degli elaborati progettuali nel 2005, che - in base a quanto affermato dal Comune negli stessi atti del marzo 2005, hanno sostituito integralmente quelli del 2003 - ha comportato necessariamente, in via di fatto, anche se in mancanza di una rinuncia formale, l'abbandono del progetto del 2003, il quale non può dunque costituire un autonomo termine di paragone dello stato di fatto preesistente, considerato incompatibile dalla stessa parte che ha sostituito il progetto.

Richiamata ancora una volta la tipicità dei provvedimenti edilizi, per ritenere rilevante lo stato di fatto del 2003, il Comune avrebbe dovuto procedere con il rilascio di un titolo edilizio in sanatoria (in presenza dei relativi presupposti di conformità urbanistica, insussistenti nel caso di specie). Correttamente, dunque, il giudice di primo grado ha ritenuto che l'attività di sostituzione del progetto non potesse che avvenire tramite il rilascio di un nuovo titolo edilizio o di una sua variante, con irrilevanza della disposizione dell'art. 25 del Regolamento comunale, la quale, se anche non tempestivamente impugnata, non può che essere interpretata in conformità alle norme del testo unico dell'edilizia e della legge regionale dell'Emilia Romagna 25 novembre 2002, n. 31.

Pertanto, la sostituzione di un progetto che prevedeva l'esecuzione di modifiche rispetto al progetto originario, con la riduzione del volume e delle altezze, comportava l'esercizio di un nuovo potere edilizio, con la necessità del rilascio di un nuovo permesso di costruire o di un titolo in variante, anche con l'assegnazione di nuovi termini per l'avvio e per la conclusione dei lavori, non potendosi più ritenere attuali i termini posti dalla concessione edilizia del 7 febbraio 2003.

Il titolo edilizio implicitamente rilasciato e comunque la sostituzione degli elaborati sono poi illegittimi in relazione al contrasto con le norme urbanistiche del Comune di Ferrara, che consentivano solo la ristrutturazione e il risanamento conservativo.

Infatti, prescindendo dalle questioni relative alla modifica delle altezze, in particolare tramite l'intercapedine di 50 centimetri - ritenuta rilevante dal giudice di primo grado, ma che il Comune deduce sarebbe stata realizzata al di sotto della quota 0,00 - la stessa difesa comunale dà atto della avvenuta modifica della sagoma, sostenendo che non sarebbero applicabili alla presente vicenda i limiti della ristrutturazione previsti dall'art. 3 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dalla legge regionale n. 31 del 2002, in quanto norme entrate in vigore dopo la presentazione della domanda di concessione edilizia il 7 marzo 2002 e nel caso del Testo Unico dell'edilizia anche dopo il rilascio della concessione del 7 maggio 2003.

Tale ricostruzione è priva di fondamento.

Premesso che, per le ragioni sopra esposte, si deve fare riferimento alla presentazione (sostituzione) del progetto il 28 febbraio 2005, in ogni caso, anche sotto la vigenza dell'art. 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457, la giurisprudenza era costante nel ritenere ammissibile la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione con il vincolo del rispetto della sagoma e del volume dell'edificio. Ai sensi dell'art. 31, l. 5 agosto 1978 n. 457, la nozione di ristrutturazione edilizia, comprende anche gli interventi consistenti nella demolizione e successiva ricostruzione di un fabbricato, purché tale ricostruzione sia fedele, cioè dia luogo ad un immobile identico al preesistente per tipologia edilizia, sagoma e volumi, dovendo essere altrimenti l'intervento qualificato come di nuova costruzione (Consiglio di Stato; Sez. IV, 9 luglio 2010, n. 4462; Sez. IV, 5 ottobre 2010 n. 7310; Sez. IV, sentenza 10 agosto 2011, n. 4765, Sez. IV, sentenza 4 giugno 2013, n. 3056; di recente, con riferimento sempre al periodo di vigenza della legge 457 del 1978, Sez. II, 18 maggio 2020, n. 3153).

Tale principio giurisprudenziale è stato espressamente recepito all'art. 3 comma 1 lettera d) del D.P.R. 380 del 2001, nel testo applicabile alla presente fattispecie (progetto del 2005), per cui *“nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica”* (il limite del rispetto della sagoma dell'edificio preesistente è stato successivamente eliminato solo con la modifica dell'art. 3 comma 1 lettera d), a seguito del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 conv. nella legge 9 agosto 2013, n. 98, mentre nel testo attualmente vigente è stato reintrodotta per gli interventi realizzati in zone A, *“il*

*rispetto di sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente"* e sono esclusi incrementi di volumetria).

Nel caso di specie, dunque, anche la sola modifica della sagoma dell'edificio preesistente, espressamente riconosciuta dalla difesa comunale anche nell'atto di appello e giustificata in relazione all'avvenuto mutamento di destinazione dell'edificio preesistente da produttivo a residenziale, comportava la qualificazione dell'intervento come di nuova costruzione.

Le modifiche di sagoma risultano anche espressamente indicate nelle precisazioni tecniche del Servizio qualità edilizia del Comune, depositate in giudizio in allegato all'atto di appello, che per l'edificio "blu" indica la modifica della falda del tetto da tetto a una falda a tetto piano; per l'edificio "violetto" indica una modifica di sagoma plano-volumetrica in più punti; per l'edificio "verdino" la modifica della copertura da piana a tetto a due falde con abbassamento di una parte del fronte posto sul confine.

Né può essere condivisa l'ulteriore argomentazione difensiva del Comune di Ferrara, per cui la questione della qualificazione come nuova costruzione sarebbe irrilevante, essendo stata comunque rilasciata una concessione edilizia quale titolo idoneo anche per le nuove costruzioni.

In primo luogo, nel 2005 non è stato rilasciato alcun titolo edilizio, con il profilo di vizio sopra rilevato; inoltre, la differenza tra ristrutturazione e nuova costruzione è rilevante sotto molteplici profili, quali la violazione delle distanze e il calcolo degli oneri di urbanizzazione.

Infondato è anche il motivo di appello con cui si deduce che gli interventi di ristrutturazione con modifiche della sagoma erano consentiti dalle norma dell'art. 4 punto 6 B del Regolamento edilizio e dell'art. 49 delle NTA del PRG allora vigente, nell'ambito del 10% delle dimensioni lineari in pianta e in alzato, tramite compensazioni di volumetria; infatti tale norma è stata espressamente impugnata in primo grado, con censura riproposta in appello, che non può che essere ritenuta fondata, trattandosi di una norma illegittima, per il palese contrasto con la nozione di ristrutturazione prevista dalla legge statale allora vigente sopra citata.

In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

L'infondatezza dell'appello comporta la carenza di interesse all'esame delle ulteriori censure assorbite in primo grado e riproposte in appello.

Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in euro 3000,00 (tremila) oltre accessori di legge seguono la soccombenza e devono essere poste a carico del Comune di Ferrara.

P.Q.M.

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

Condanna il Comune di Ferrara al pagamento delle spese processuali della parte appellata, pari a euro 3000,00 (tremila,00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Italo Volpe, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Cecilia Altavista**

**IL PRESIDENTE**

**Gianpiero Paolo Cirillo**

IL SEGRETARIO