

Pubblicato il 20/06/2023

N. 06037/2023REG.PROV.COLL.
N. 03854/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio **di** Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero **di** registro generale 3854 del 2019,
proposto da Francesco De Micco, rappresentato e difeso dall'avvocato
Francesco Vergara, con domicilio digitale p.e.c. in registri **di** giustizia

contro

Comune **di Orta di Atella**, in persona del sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Maria Saracco e Severino
Berardi, con domicilio digitale p.e.c. in registri **di** giustizia

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania -
sede **di** Napoli (sezione sesta) n. 6326/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto **di** costituzione in giudizio del Comune **di Orta di Atella**;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza straordinaria ex art. 87, comma 4-*bis*, cod. proc. amm.
del giorno 10 maggio 2023 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le

parti gli avvocati come da verbale **di** udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il signor Francesco De Micco, proprietario **di** un fabbricato **di** civile abitazione realizzato su un lotto **di** terreno dell'estensione **di** oltre 1000 mq in **Orta di Atella**, via San Francesco d'Assisi, censito a catasto al foglio 9, particella 5602, ricadente in parte in zona B2 del piano regolatore generale e per la restante parte in zona **di** rispetto cimiteriale, agisce nel presente giudizio per l'annullamento del provvedimento **di** prot. n. 11283 del 10 luglio 2012, con cui l'amministrazione comunale è intervenuta in autotutela sui titoli edilizi a suo tempo rilasciati per la realizzazione del fabbricato e cioè: la concessione edilizia del 6 maggio 2002, n. 80, la variante in corso d'opera del 16 maggio 2003 e il permesso **di** costruire in sanatoria del 6 settembre 2004, n. 155. L'intervento in autotutela era motivato sul presupposto che una porzione del fabbricato era stata realizzata in fascia **di** rispetto cimiteriale e che questa circostanza non era evincibile dalla documentazione progettuale presentata per ottenere i titoli edilizi. Con successiva ordinanza in data 4 febbraio 2013, n. 15, era ingiunta la demolizione delle opere realizzate in fascia **di** rispetto cimiteriale.

2. Contro i provvedimenti in questione era proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania - sede **di** Napoli, integrato da motivi aggiunti, respinto con la sentenza indicata in epigrafe.

3. Questa premetteva che il provvedimento impugnato con ricorso *«può qualificarsi come atto **di** annullamento in autotutela»*, pur in difetto *«dell'esplicita dichiarazione»* in tal senso, da intendersi tuttavia riferito alla sola concessione edilizia del 6 maggio 2002, n. 80, e alla relativa variante in corso d'opera del 16 maggio 2003, e non anche al permesso **di** costruire in sanatoria del 6 settembre 2004, n. 155. Nel merito statuiva che la violazione della fascia **di** rispetto cimiteriale accertata con il provvedimento **di** annullamento

d'ufficio «è da sola idonea a sostenere la motivazione del gravato provvedimento **di** autotutela», e tale da rendere la stessa immune «dalle osservazioni presentate dal ricorrente e (per altro verso) “assorbente” rispetto ad ulteriori violazioni asseritamente oggetto **di** erronei riferimenti normativi» contenuti nell'atto impugnato con ricorso. Inoltre era escluso che potesse invocarsi un legittimo affidamento alla conservazione dei titoli edilizi da parte del destinatario, posto che questo era da ritenersi «comunque “incolpevole” (e, quindi, tutelabile)» per la consapevole edificazione in zona vincolata. Infine, era respinta la censura **di** carente motivazione nei confronti dell'ordinanza **di** demolizione impugnata con motivi aggiunti, in ragione della «natura doverosa della misura repressiva, all'esito dell'annullamento dei titoli edilizi che hanno consentito l'edificazione **di** una porzione del fabbricato del ricorrente sulla fascia **di** rispetto cimiteriale (porzione specificata nell'atto)».

4. Per la riforma della sentenza i cui contenuti sono così sintetizzabili il signor De Micco ha proposto appello, al quale resiste il Comune **di Orta** d'**Atella**.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello si censura la sentenza insufficiente valutazione degli atti **di** causa, omessa istruttoria e carente motivazione, oltre che per violazione dell'art. 46, comma 2, cod. proc. amm., derivanti dal fatto che il giudice **di** primo grado non ha ordinato all'amministrazione comunale **di** depositare i titoli edilizi oggetto dell'intervenuto in autotutela, e i relativi elaborati progettuali, oltre che i verbali **di** sopralluogo presso il fabbricato. In contrario si sostiene che i documenti in questione sarebbero indispensabili ai sensi della disposizione processuale richiamata, ed in relazione ai quali era stata formulata un'apposita istanza istruttoria. Ne deriverebbe la nullità della sentenza per violazione del diritto **di** difesa, da cui conseguirebbe l'annullamento della stessa, con rinvio ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm. al giudice **di** primo grado.

2. Con un ulteriore motivo sono riproposte le censure **di** carente motivazione del provvedimento impugnato in via principale, posto che da essa non sarebbe ricavabile la portata dell'intervento in autotutela sui titoli edilizi in questione. La sentenza avrebbe pertanto errato nel non dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto **di** interesse ad agire, nei confronti **di** un atto qualificabile come interlocutorio.

3. Del pari la sentenza sarebbe incorsa in errore nel non riqualificare l'atto, laddove non considerato interlocutorio, come **di** autotutela parziale, limitato cioè alle opere realizzate sulla fascia **di** rispetto cimiteriale, aventi consistenza inferiore a 1/3 del totale, come *ex post* confermato dall'ordine **di** demolizione impugnato mediante motivi aggiunti, avente ad oggetto le sole «opere realizzate sulla fascia **di** rispetto cimiteriale, ovvero della porzione **di** fabbricato a destra del vano scala prospiciente verso la strada». Peraltro, nella denegata ipotesi in cui l'atto abbia portata **di** annullamento integrale dei titoli a costruire se ne ribadisce l'illegittimità per motivazione carente e per violazione del principio **di** conservazione degli atti, che nel caso **di** specie avrebbe dovuto portare alla salvezza della parte dell'immobile legittimamente edificata.

4. La sentenza viene quindi censurata per omessa pronuncia sul motivo con cui era stata dedotta la violazione del «*termine ragionevole*» per l'esercizio del potere **di** autotutela ex art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel caso **di** specie superato dall'intervento a distanza **di** dieci anni dal permesso **di** costruire annullato d'ufficio.

5. La sentenza sarebbe inoltre errata per avere considerato motivazione sufficiente per l'annullamento d'ufficio del titolo a costruire l'intero immobile il fatto che una sola parte **di** esso ricada in fascia **di** rispetto cimiteriale, con il connesso regime **di** inedificabilità assoluta ex art. 338, comma 1, del testo unico delle leggi **di** sanità (regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265). In contrario si deduce che il lungo tempo trascorso dal rilascio del

titolo e la difformità solo parziale dell'immobile avrebbe richiesto una motivazione puntuale dell'intervento in autotutela interesse pubblico al rispetto della legalità amministrativa, rispetto al contrapposto affidamento privato. A questo riguardo, si sostiene che difetterebbe qualsiasi interesse in ragione della situazione **di** fatto dei luoghi, contraddistinta dell'esistenza **di** «un centinaio **di** fabbricati realizzati in posizione ben più prossima al cimitero e mai interessati da alcun provvedimento **di** autotutela o repressivo», come dedotto e documentato in giudizio.

6. Infine, è riproposta la censura **di** carente istruttoria dell'ordinanza **di** demolizione emanata per le «opere realizzate sulla fascia **di** rispetto cimiteriale», in conseguenza dell'annullamento d'ufficio dei titoli a costruire, perché non preceduta dal sopralluogo preannunciato in quest'ultimo provvedimento.

7. Le censure così sintetizzate sono infondate.

8. Non è ravvisabile in primo luogo alcuna carente istruttoria o motivazione della sentenza a causa della mancata acquisizione dei titoli edilizi ritirati in autotutela, né tanto meno una violazione dell'art. 46, comma 2, cod. proc. amm., sopra richiamato. Quest'ultima disposizione pone un obbligo per l'amministrazione resistente **di** depositare in giudizio il «provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato», ed inoltre «quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio». Ciò premesso, la giurisprudenza amministrativa tende al riguardo a circoscrivere il predicato **di** doverosità dell'obbligo **di** esibizione documentale al solo atto impugnato e a quelli del relativo procedimento (cfr. Cons. Stato, 25 gennaio 2023, n. 849; VI, 31 dicembre 2021, n. 8767). Rispetto ad un annullamento d'ufficio non rientrano in quest'ultima ipotesi il provvedimento oggetto **di** ritiro in autotutela, sul quale il primo invece interviene quale manifestazione **di** volontà amministrativa **di** segno contrario a quella che ne aveva determinato l'emissione, sulla base **di** un procedimento amministrativo distinto da quello **di** autotutela. La sua

acquisizione in giudizio costituisce pertanto una facoltà delle parti e del giudice, da svolgere sulla base **di** una valutazione **di** «utilità al giudizio», non censurabile se non nella misura in cui la mancata acquisizione degli atti abbia determinato un errore **di** giudizio, riferito quindi alla decisione finale **di** merito, pure dedotta nel motivo d'appello in esame, ma non configurabile nel caso **di** specie. Come infatti ricavabile dai passaggi motivazionali sopra richiamati, la sentenza si fonda su una puntuale disamina delle censure **di** legittimità dedotte dal ricorrente e sul rilievo che le censure da esso dedotte non erano in grado **di** infirmare il presupposto a fondamento del provvedimento comunale **di** annullamento d'ufficio, a causa dell'accertata non conformità urbanistica del fabbricato derivante dall'edificazione **di** una sua parte in fascia **di** rispetto cimiteriale.

9. Sulla base dei medesimi passaggi motivazionali della sentenza appellata deve escludersi che sia invece affetto da carenza di indicazione in ordine ai presupposti **di** fatto e **di** diritto il provvedimento **di** annullamento d'ufficio e che in particolare questo sarebbe in realtà qualificabile come atto interlocutorio del procedimento **di** autotutela nei confronti dei titoli edilizi a suo tempo rilasciati in favore del ricorrente. La sentenza ha statuito sul punto che, malgrado alcune mancanze o erronei riferimenti normativi, da esso era comunque ricavabile la volontà dell'amministrazione comunale **di** intervenire sulla concessione edilizia e relativa variante in corso d'opera, con esclusione invece del permesso **di** costruire in sanatoria del 6 settembre 2004, n. 155. In relazione a tale statuizione l'appello non formula alcuna critica specifica, come invece richiesto ai sensi dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm., dacché se ne determina la conferma.

10. Del pari risulta privo della necessaria specificità il successivo motivo d'appello, con cui si deduce l'erroneità della sentenza per non avere riqualificato l'atto impugnato in primo grado con ricorso come autotutela parziale, limitata alla sola parte del fabbricato ricadente in fascia **di** rispetto

cimiteriale, e in via **di** ulteriore subordine come atto **di** annullamento d'ufficio integrale dei titoli a costruire a suo tempo rilasciati. Va al riguardo ribadito, sulla base dei brani motivazionali sopra riportati, che la sentenza ha espressamente indicato la natura dell'atto e la portata dell'intervento in autotutela in esso contenuto, senza che in relazione a tale specifica statuizione siano svolte critiche puntuali, conformi al paradigma dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm., poc'anzi menzionato, necessario a devolvere in modo rituale in appello la cognizione sul punto controverso.

11. Per quanto concerne la censura **di** omessa pronuncia sul motivo con cui era stata dedotta la violazione del «*termine ragionevole*» ex art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, deve innanzitutto premettersi che il vizio della sentenza in questione comporta la devoluzione in appello della censura attraverso la sua rituale riproposizione con l'atto **di** impugnazione nei confronti della sentenza **di** primo grado, e non già l'annullamento della stessa con rinvio (*ex multis*: Cons. Stato, II, 22 luglio 2022, n. 6469; III, 23 marzo 2022, n. 2126; V, 15 settembre 2022, n. 7997; VII, 25 gennaio 2023, n. 802; 3 marzo 2022, n. 1545). Nel merito la censura è tuttavia infondata. Decisiva in questo senso è la puntuale motivazione espressa dal provvedimento impugnato a fondamento dell'intervento in autotutela sui titoli edilizi a suo tempo rilasciati, consistente nella carente documentazione progettuale, planimetrica e cartografica allegata all'istanza, tale da non consentire **di** verificare l'effettivo ingombro del fabbricato poi realizzato e nello specifico il suo sconfinamento nella fascia **di** rispetto cimiteriale.

12. La ricostruzione dei fatti operata nel provvedimento **di** annullamento d'ufficio, in relazione alla quale parimenti non sono formulate censure puntuali nell'appello, consente **di** ritenere ragionevole l'intervento in autotutela anche a distanza **di** circa 10 anni dall'emissione dei provvedimenti ritirati, a causa dell'imputabilità del fatto allo stesso interessato, che - come del pari correttamente statuito dalla sentenza **di**

primo grado - non può dunque contrapporre all'esigenza **di** ripristino della legalità nell'intervento **di** trasformazione territoriale urbanisticamente non conforme, ancorché assentito molti anni prima, alcun affidamento tutelabile al suo mantenimento.

13. Le considerazioni da ultimo svolte consentono inoltre **di** superare le ulteriori censure riproposte in appello e relative alla carente motivazione del provvedimento a causa dello sconfinamento solo parziale del fabbricato in fascia **di** rispetto cimiteriale e della pretesa esistenza **di** situazioni analoghe asseritamente non oggetto **di** interventi repressivi, che se pure esistenti non possono comunque fondare alcuna pretesa **di** estensione a proprio favore **di** un indebito vantaggio.

14. Da respingere è infine la censura **di** carente istruttoria dell'ordinanza **di** demolizione impugnata con motivi aggiunti, perché non preceduta dal sopralluogo preannunciato nel provvedimento **di** annullamento d'ufficio dei titoli edilizi. In relazione ad essa la sentenza **di** primo grado ha infatti correttamente considerato dirimente il suo carattere doveroso rispetto ad una situazione non contestata **di** non conformità dal punto **di** vista urbanistico dell'immobile **di** proprietà del ricorrente, a causa del parziale sconfinamento in fascia **di** rispetto cimiteriale, in cui ai sensi del sopra citato art. 338, comma 1, del testo unico delle leggi **di** sanità vige un regime **di** inedificabilità assoluta che legittima l'intervento repressivo della competente autorità comunale.

15. L'appello deve essere respinto, per cui va confermata la sentenza **di** primo grado. Per la peculiarità della vicenda contenziosa, contraddistinta dall'intervento in autotutela a notevole distanza temporale dai titoli edilizi, sono nondimeno ravvisabili giusti motivi per disporre la compensazione delle spese **di** causa.

P.Q.M.

Il Consiglio **di** Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza **di** primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera **di** consiglio del giorno 10 maggio 2023, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Sergio Zeuli, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO