Pubblicato il 28/02/2022

Sent. n. 1345/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1596 del 2019, proposto da [omissis] e [omissis], ciascuno in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Giancarlo Violante Ruggi D'Aragona, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Giacomo Pizza, Bruno Ricci, Eleonora Carpentieri, Anna Ivana Furnari, Gabriele Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico elettivo in Napoli alla Piazza Municipio - Palazzo San Giacomo presso lo studio di Maria Cristina Carbone; Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, con domicilio digitale presso la pec di questa e domicilio fisico ex lege in Napoli alla via Diaz n.11;
per l'annullamento
1.della disposizione dirigenziale n. [omissis], a firma del Dirigente della Direzione Centrale Pianificazione e gestione del territorio - Sito UNESCO - Servizio Sportello Unico Edilizia Privata, del Comune di Napoli recante ritiro in autotutela del permesso di costruire n. [omissis];
2.della nota [omissis], recante comunicazione di avvio del procedimento di annullamento del permesso di costruire n. [omissis];
3.di ogni altro atto agli stessi preordinato, presupposto, connesso, collegato e conseguente, ivi compresi, se e per quanto possa occorrere, i seguenti atti richiamati nel provvedimento di cui sub 1) e di cui non si conosce l'esatto contenuto: 3a) la nota della Direzione Centrale Ambiente, Tutela del Territorio e del Mare [omissis]; 3b) il parere dell'Avvocatura Comunale – Area Legale Amministrativa [omissis]

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo;
Visti tutti gli atti della causa;
Giudice relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2022 la dott.ssa Ida Raiola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 26/03/2019 e depositato in data 17/04/2019, i ricorrenti esponevano in fatto:
-che, con D.P.C.M. 16 luglio 2009, era stato approvato il Piano Nazionale per l'Edilizia Abitativa, articolato in sei linee di intervento (lett. a, b, c, d ed f);
-che la Regione Campania – A.G.C. 16 Governo del Territorio, Beni Ambientali e Paesaggistici, con D.D. n. 376 del 28 luglio 2010, aveva approvato l'Avviso per la definizione del Programma regionale di edilizia residenziale sociale, di cui all'art. 8 del citato D.P.C.M.;
-che, con D.D. n. 62 del 3 marzo 2011, era stato approvato l'elenco delle proposte ammesse alla fase di approfondimento e definizione conclusiva di cui all'art. 8 del succitato Avviso, elenco nel quale l'ente religioso ricorrente era risultato collocato, con punti 70, al 20° posto della graduatoria;
-che, previo parere del CIPE, espresso con delibera n. 16 del 5 maggio 2011, in data 18 ottobre 2011 era stato sottoscritto dal Ministero delle Infrastrutture e dalla Regione Campania l'Accordo di Programma relativo agli interventi, ricompresi nel programma coordinato predisposto dalla Regione Campania di cui al menzionato D.D. n. 62/2011, concernente le linee di intervento di cui all'art. 1, co. 1, lett. b), c) d) ed e) del Piano Nazionale di Edilizia Abitativa allegato al DPCM 16 luglio 2009;
-che, in tale quadro normativo e fattuale, l'Ente religioso "[omissis]" in data 23 luglio 2014 aveva presentato al Comune di Napoli l'istanza di permesso di costruire – Pratica n. [omissis] – per un intervento edilizio, da effettuarsi in Napoli, alla via [omissis] e finalizzato alla demolizione di un fabbricato industriale dismesso e alla realizzazione, a parità di volume, di un complesso residenziale da destinarsi ad Housing Sociale;
-che, nel corso dell'esame il progetto in questione aveva subito, anche in dipendenza di valutazioni endoprocedimentali compiute dagli Uffici competenti e delle prescrizioni conseguenzialmente impartite, alcune rilevanti modifiche, in particolare progressivamente sfociate: a) nella riduzione dei piani f.t. di progetto da 6 a 4, onde rapportare l'altezza massima del realizzando edificio non a quella della preesistenza, bensì a quella minore dell'intorno urbano di riferimento; b) indi nella ulteriore riduzione di un metro della quota d'imposta e realizzazione di un "tetto-giardino", onde mitigare l'impatto sul paesaggio, rispetto al contesto circostante e tutelare la vista del vicino cimitero monumentale; c) nella conseguente significativa riduzione della volumetria, rispetto a quella assentibile, in guisa da ottenere dapprima il parere favorevole della C.E.I. in data [omissis] (parere n. [omissis]), indi quello favorevole della Soprintendenza prot. n. [omissis];
-che la Soprintendenza era pervenuta a detto parere favorevole sulla scorta di una articolata ed autonoma istruttoria, iniziata con l'esame della documentazione trasmessale dal Comune di Napoli in data 22.10.2015, proseguita poi con una richiesta di integrazione documentale (nota prot. n. [omissis]), cui era stato dato pressoché immediato riscontro dalla parte interessata in data 14.12.2015, e successivamente caratterizzata dall'invio di una comunicazione di avvio del procedimento negativo ex art. 10 bis L. 241/90, superato poi, alla luce delle controdeduzioni fornite sempre dalla parte in data 22/02/2016, con il rilascio del menzionato parere favorevole, sulla scorta delle seguenti considerazioni: "viste le controdeduzioni, che sono state ritenute meritevoli, considerata l'inferiore altezza dei fabbricati da realizzare in relazione alla preesistenza che, pertanto, costituisce un miglioramento per godibilità delle visuali panoramiche; considerato che l'opera proposta non contrasta con i caratteri paesistici del sito di intervento e del suo contesto";
-che, parallelamente, anche alla luce della tempistica occorsa per il rilascio del permesso di costruire, l'ente religioso aveva smesso di coltivare la procedura di accesso ai benefici di cui al menzionato Programma regionale di edilizia residenziale sociale, orientandosi ad effettuare – ove ne fossero maturate le condizioni – l'intervento con sole risorse private, senza tuttavia rinunciare alle finalità d'interesse collettivo allo stesso sottese, in guisa da addivenire, in data 22 maggio 2018, alla stipula dell'atto di permuta per notar Prodigo di Napoli rep. n. 4.792, per il tramite del quale la [omissis] aveva ceduto alla [omissis] la proprietà dell'intero complesso edificato, avverso il trasferimento in proprietà di diverse unità immobiliari e della mensa, da realizzarsi nell'ambito del più ampio edificio oggetto del programmato intervento;

-che, sulla scorta di siffatte circostanze, era stato quindi rilasciato, in favore degli odierni ricorrenti e previo pagamento della prima rata dei relativi oneri (per € 38.678,00), il permesso di costruire dal S.U.E.P. del Comune di Napoli, con disposizione dirigenziale n. [omissis], cui aveva fatto seguito, in data 16 ottobre 2018, il concreto inizio lavori, con susseguente abbattimento della preesistenza edilizia – apprezzata in sede di permuta in € 957.000,00, cui aveva fatto da corollario un esborso, tra oneri fiscali e spese notarili per € 90.000,00 - e correlato impiego diretto, da parte dell'impresa, delle ulteriori risorse economiche, che qui di seguito si vanno ad elencare senza pretesa di esaustività: € 78.454,00 per oneri di demolizione e smaltimento del materiale di risulta; € 14.044,00 per spese tecniche di conduzione del cantiere; € 14.321,00 per smaltimento dei rifiuti misti a discarica autorizzata; € 5.437,50 per assicurazione; € 23.512,00 quale costo della mano d'opera per i due mesi di apertura del cantiere (€ 11.756,00 mensili);
-che a tanto dovevano poi aggiungersi gli oneri per la custodia del cantiere, ancora in corso e che sarebbero stati oggetto di successiva quantificazione e le negative ripercussioni, che sarebbero derivate dalla forzata inadempienza nei riguardi degli obblighi contrattuali assunti nei confronti dei terzi (fornitori, promissari acquirenti ecc.);
-che, tuttavia, in maniera del tutto inattesa, in data [omissis], con nota a firma del Soprintendente prot. n. [omissis] – significativamente adottata a distanza di soli 4 gg. dalla pubblicazione, nella cronaca locale di una nota testata giornalistica, di un articolo relativo al realizzando intervento, infarcito di inesattezze e dai toni inappropriatamente polemici nei riguardi delle amministrazioni coinvolte - la Soprintendenza aveva comunicato "la sospensione del parere paesaggistico, prot. n. [omissis], stante la necessità emersa di ulteriori accertamenti e approfondimenti della vicenda";
-che, a siffatta laconica misura, avevano di poi fatto seguito a pioggia il provvedimento [omissis], adottato il [omissis] dalla Direzione Centrale Ambiente, Tutela del Territorio e del Mare – Servizio Controlli Ambientali del Comune di Napoli, recante presa d'atto della intervenuta sospensione del parere della Soprintendenza e contestuale sospensione dell'autorizzazione paesaggistica n. [omissis], rilasciata dal Comune di Napoli e la comunicazione di sospensione dei lavori ai sensi dell'art. 27 del Dpr n. 380/01, di cui alla nota della Direzione Centrale Pianificazione e Gestione del Territorio del Comune di Napoli prot. gen. n. [omissis] ed, infine, la nota prot. [omissis], della medesima Soprintendenza, recante richiesta di chiarimenti circa la "mancata effettuazione della verifica d'interesse ex art. 12 D.Lgs. n. 42/04";
-che a tale ultima richiesta avevano dato riscontro gli odierni ricorrenti con osservazioni in data 31 gennaio 2019 – evidenzianti l'inesistenza delle condizioni presupposte alla verifica dell'interesse culturale, per essere l'immobile privo sia del requisito della vetustà minima (essendo stato costruito in forza di licenza edilizia rilasciata in data 1 aprile 1957), che delle connotazioni oggettive utili a radicare, anche solo astrattamente, un qualche interesse storico-artistico (trattandosi di un mero capannone industriale, peraltro acquisito al patrimonio dell'Ente ecclesiastico solo in data 27/09/2004) – cui non aveva fatto seguito l'emanazione di qualsivoglia atto, tampoco finalizzato all'avvio del procedimento di verifica, in guisa da far decorrere i termini di cui all'art. 28 del codice dei beni culturali e susseguentemente caducare le misure cautelari in precedenza adottate;
-che, dal suo canto, l'Amministrazione comunale, obliando la sopravvenuta inefficacia delle indicate misure della Soprintendenza - dopo aver inviato la nota in epigrafe indicata sub 2), per il tramite della quale aveva dato comunicazione dell'avvio del procedimento finalizzato all'annullamento del permesso di costruire n. [omissis] ed aver acquisito in data 25 gennaio 2019 le osservazioni prodotte al riguardo dagli interessati - aveva inopinatamente, per il tramite del provvedimento di cui sub 1), proceduto al "ritiro in autotutela" del permesso di costruire in parola, sull'erroneo presupposto della persistenza delle misure cautelari impartite dalla Soprintendenza e sul non meno erroneo convincimento che la sopravvenuta sentenza del Tar Campania – Napoli, Sez. IV, n. 6996/2018, pubblicata il 6 dicembre 2018, nell'esaminare un caso assertivamente "analogo", avesse dettato canoni interpretativi suscettibili di immediata estensione alla fattispecie quivi dedotta e perciò tali da imprimere la necessità di "uniformare il comportamento del Servizio Sportello Unico Edilizia Privata".

Tanto premesso in fatto, i ricorrenti articolavano le seguenti censure in diritto:
I.Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 7 e ss. l. 241/90 - violazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies della l. 241/1990 – Violazione degli artt. 97 e 24 cost. - Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e del principio di tipicità degli atti amministrativi - Perplessità – Violazione del legittimo affidamento – Omessa ponderazione – Difetto d'istruttoria — Travisamento – Carenza dei presupposti – Difetto di motivazione ed altri profili – Incompetenza in quanto la motivazione dell'atto impugnato sarebbe stata perplessa avendo a riferimento fatti e circostanze con diversi presupposti (ordine di sospensione della Soprintendenza del [omissis], intervento di una pronuncia del TAR Napoli su un caso analogo;
II.Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 in relazione alla mancata applicazione dell'art. 10 del t.u.e. – Violazione e falsa applicazione altresì dell'art. 33 delle N.T.A. del PRG del Comune di Napoli – Incompetenza in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 338 del t.u. Leggi sanitarie di cui al R.D. n. 1265/1934 – Violazione dei principi in tema di *contrarius actus* - Eccesso di potere per erronea valutazione della situazione contemplata – Falsità ed inesistenza dei presupposti – Travisamento - Carenza di istruttoria – Manifesta ingiustizia – Ultroneità – Sviamento - Altri profili in quanto il Comune di Napoli avrebbe errato nella qualificazione dell'intervento edilizio, dal momento che, nel caso di specie, si sarebbe rientrati nella fattispecie della ristrutturazione edilizia cd. pesante (demolizione e ricostruzione con modifica della sagoma), non impedita dall'esistenza di una tutela vincolistica e assentibile con il permesso di costruire.
Si costituivano in resistenza il Comune di Napoli e il Ministero per i Beni e le Attività Culturali.
Con ordinanze collegiali del 10/06/2020 n.2297, dello 07/12/2020 n. 109 e del 13/07/2021 n.4846 venivano disposti incombenti istruttori.
All'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2022, la causa passava in decisione.

DIRITTO

In limine litis, il Collegio rileva che, sebbene più volte compulsata (ordinanze collegiali del 10/06/2020 n.2297, dello 07/12/2020 n. 109 e del 13/07/2021 n.4846), la Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesistici e per il Patrimonio Storico Artistico ed Etnoantropologico di Napoli e Provincia non ha in alcun modo dato riscontro ai disposti incombenti istruttori.
Detta circostanza ha impedito di avere piena contezza del procedimento avente ad oggetto la richiesta di rilascio di permesso di costruire presentata in data [omissis] (pratica edilizia n. [omissis]), per una diversa soluzione progettuale consistente nella ricostruzione dell'immobile demolito a parità di volume e a parità di sagoma, e, segnatamente, della fase del procedimento in parola di pertinenza dell'Autorità tutoria per l'adozione dei provvedimenti di competenza (parere ai sensi dell'art.146 d.lg. n. 42/2004), risultando in atti la nota prot. [omissis], nella quale si fa riferimento ad irregolarità riscontrate negli atti di compravendita del cespite intervenuti nell'anno 1958 e nell'anno 2018 (cfr. allegato n. 5 della produzione documentale del 06/11/2020 del Comune di Napoli).
La riferita circostanza (pendenza di una nuova pratica edilizia, non ancora definita) non determina, però, ad avviso del Collegio l'improcedibilità del presente gravame, atteso che non vi è ancora stata, nel procedimento avviato a seguito della presentazione della nuova domanda di rilascio del permesso di costruire, l'adozione del provvedimento conclusivo, il quale, se favorevole al soggetto istante (nel caso, la ricorrente [omissis]) determinerebbe la cessazione della materia del contendere, e se, invece, non favorevole all'istante, determinerebbe l'improcedibilità della presente impugnativa, sostituendosi, nella regolamentazione in via amministrativa della fattispecie, all'atto qui impugnato.
E' nota, infatti, la non sovrapponibilità della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse e della cessazione della materia del contendere, dal momento che, mentre la sentenza dichiarativa dell'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse si configura come una pronuncia di rito disciplinata dall'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a., diversamente la sentenza di cessazione della materia del contendere di cui al precedente art. 34, comma 5, c.p.a. costituisce una sentenza di merito. Tale natura presuppone che il giudice accerti che la domanda proposta, individuata e qualificata da *petitum*

e *causa petendi*, sia stata integralmente soddisfatta, con conseguente efficacia di giudicato sostanziale della sentenza sulla domanda (cfr. Consiglio di Stato sez. II, 08/01/2020, n.148; Consiglio di Stato sez. II, 24/06/2019, n.4318; Consiglio di Stato sez. II, 06/05/2019, n.2904; Consiglio di Stato sez. V, 26/10/2017, n.4944).
Nel merito il ricorso è infondato e va respinto.
L'adozione dell'atto di ritiro in autotutela del titolo edilizio precedentemente rilasciato in favore della ricorrente [omissis] è, infattii, fondata su un adeguato assetto motivazionale, di tal che il provvedimento gravato va esente dalle censure di legittimità mosse dalla difesa attorea.
Il Collegio osserva, come peraltro già ritenuto dal Comune di Napoli nella comunicazione di avvio del procedimento (prot. [omissis], allegato n.2 della produzione documentale della parte ricorrente del 16/04/2020), che l'atto in contestazione vada qualificato quale provvedimento di annullamento in autotutela adottato dall'Amministrazione all'esito di un riesame complessivo della fattispecie, riesame il cui avvio il Comune di Napoli imputa alla conoscenza di una sopravvenuta pronuncia di questa Sezione su una fattispecie "del tutto analoga" (cfr. TAR Napoli, sez. IV, 6 dicembre 2018, n.1218), oltre che alla comunicazione , intervenuta nelle more, della sospensione, da parte della Soprintendenza Archeologica, Belle Arti e Paesaggio per il Comune di Napoli, del parere paesaggistico n.6167 "stante la necessità emersa di ulteriori accertamenti e approfondimenti", mentre la difesa attorea lo imputa alla pubblicazione su un quotidiano locale a diffusione nazionale di un articolo che parlava in termini negativi dell'intervento edilizio per il quale il Comune di Napoli aveva rilasciato il permesso di costruire n. [omissis], poi ritirato con l'atto qui impugnato.
Ciò posto, è a dirsi, ad avviso del Collegio, che quali che siano le ragioni, oltre quelle palesate nell'atto impugnato, per le quali il Comune di Napoli si è determinato a ricorrere all'esercizio dei poteri di autotutela, la relativa decisione è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, essendo l'Amministrazione titolare, in sede di cd. autotutela decisoria, di un potere discrezionale di ampia latitudine, che, tuttavia, non esime l'autorità di dar conto sia pure sinteticamente, della sussistenza dei presupposti indicati dal legislatore per procedere all'annullamento dell'atto, sicché, nel caso di vicenda – come quella in esame - inerente il governo del territorio, l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, i quali possono indubbiamente essere ritenuti prevalenti rispetto a quelli contrapposti dei privati (cfr. TAR Napoli, sez. VIII, 07/10/2021, n, 6351).
Ciò posto e venendo all'esame dei motivi di ricorso, il Collegio rileva, quanto alla prima doglianza, che la motivazione del provvedimento impugnato non presenta il denunciato carattere della perplessità, risultando, invece, ancorata sul dato della riscontrata illegittimità del permesso di costruire, precedentemente rilasciato in favore di parte ricorrente, alla luce delle statuizioni contenute dalla richiamata pronuncia di questa Sezione (n.1218/2018) sia quanto alla qualificazione dell'intervento edilizio in esame sia quanto alla disciplina in concreto applicabile, tenuto conto, accanto a detta disciplina, dell'assetto vincolistico esistente nell'area dove l'intervento edilizio in parola avrebbe dovuto essere realizzato.
Va, inoltre, osservato – e il rilievo viene formulato anche in relazione al secondo motivo di ricorso ai fini della sua confutazione - che l'intervento in progetto, consistente nella demolizione di un manufatto preesistente e nella ricostruzione a parità di volume, ma con diversa sagoma, del cespite, da realizzarsi in zona B- agglomerati urbani di recente formazione, sottozona Bb- espansione recente della Variante generale al Prg, approvata con DPGRC n. 323 del 11 giugno 2004 (BURC n.29 del 14 giugno 2004), disciplinato dagli articoli 31 e 33, - in zona soggetta a vincolo del Dm 9 luglio1962 emesso ai sensi dell'articolo 157 del Dlgs 42/2004 smi, e nella zona di rispetto cimiteriale di cui al Piano regolatore cimiteriale approvato con Delibera di CC n. 35 del 1 marzo 2005, non poteva perciò essere assentito, perché - risolvendosi in una nuova costruzione e non in una ristrutturazione edilizia - si poneva in contrasto sia con l'esistente vincolo cimiteriale sia con l'art.33, comma 2, delle NTA della Variante Generale del PRG.

Infatti, in primo luogo, l'esistenza di un vincolo cimiteriale - quale limite legale di valore assoluto da considerare imprescindibilmente in sede di rilascio di titoli edilizi, in ragione delle sue finalità di tutela sia delle preminenti esigenze igienico-sanitarie sia della sacralità dei luoghi (cfr. Cass., sez. I, 20 dicembre 2016 n. 26326; Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 2017 n. 5873; Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2016 n. 949; TAR Campania, Napoli, sez. III, n. 5036 del 2013), preclude la realizzazione di interventi edilizi, salvo quelli indicati all'art.338, settimo comma, T.U. Leggi sanitarie 27 luglio 1934 n.1265 e s.m.i. per gli edifici esistenti: "all'interno della zona di rispetto per gli edifici esistenti sono consentiti interventi di recupero ovvero interventi funzionali all'utilizzo dell'edificio stesso, tra cui l'ampliamento nella percentuale massima del 10 per cento e i cambi di destinazione d'uso, oltre a quelli previsti dalle lettere a), b), c) e d) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457.
In secondo luogo, l'articolata disciplina dell'art.33, comma 2, delle NTA della Variante al PRG esclude dal novero degli interventi assentibili in zona Bb2 come interventi di ristrutturazione edilizia gli interventi di demolizione e ricostruzione a parità di volume ma con diversa sagoma, cosicché tale tipologia di interventi – tra cui anche lo specifico intervento di cui alla presente causa – vanno ricondotti alla fattispecie di nuova costruzione.
L'atto di tutela impugnato è stato, pertanto, correttamente e adeguatamente motivato dall'Amministrazione comunale, di tal che esso va esente dalle censure mosse dalla difesa attorea, con conseguente reiezione del ricorso.
Avuto riguardo alla complessità della vicenda, alla natura degli interessi coinvolti e al comportamento processuale delle parti, si stima equo compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:
a)rigetta il ricorso;
b)compensa tra le parti le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:
Pierina Biancofiore, Presidente
Ida Raiola, Consigliere, Estensore
Rita Luce, Consigliere

L'ESTENSORE
Ida Raiola

IL PRESIDENTE
Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO