

Pubblicato il 29/10/2025

N. 08399/2025 REG.PROV.COLL.
N. 03365/2025 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3365 del 2025, proposto da Giuseppe Cutellese e Forio Brico S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Amelia Impagliazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Alessandra Vinciguerra, quale legale rappresentante della Fondazione “William Walton e la Mortella”, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Bruno Molinaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Forio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Cellammare, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Campania, non costituita in giudizio;

nei confronti

Power Radio S.r.l. e Giovanni Maltese, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Sesta, n. 2013 dell'11 marzo 2025.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Forio e di Alessandra Vinciguerra;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2025, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti l'avvocato Francesco Cellammare, in proprio e per delega dell'avvocato Amelia Impagliazzo, e l'avvocato Lorenzo Bruno Molinaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione n. 1 del 15 luglio 2024, il Commissario ad acta nominato con sentenza del Tar per la Campania, Sezione Sesta, n. 335 del 16 gennaio 2015, ha ingiunto di provvedere alla demolizione delle opere insistenti sull'ara di complessivi mq 11,00, sita nel comune di Forio d'Ischia, censita al NCT del detto Comune al foglio 5, p.lla 603, in danno dei responsabili dell'abuso.

I responsabili dell'abuso sono stati individuati nel sig. Giuseppe Cutellese, quale esecutore materiale delle opere, nella signora Maria Cutellese, quale legale rappresentante della Forio Brico sas proprietaria del traliccio, nella signora Ida Nespoli, quale legale rappresentante della Power Radio s.r.l. titolare della licenza alla radiodiffusione e nel sig. Giovanni Maltese, quale proprietario del fondo su cui insistono le opere, ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Il sig. Giuseppe Cutellese e la Forio Brico s.r.l. hanno proposto reclamo avverso il detto provvedimento commissariale, respinto dal Tar per la Campania, Sesta Sezione, con la sentenza 2013 dell'11 marzo 2025.

Di talché, i soccombenti hanno interposto il presente appello, rappresentando in particolare che, in data 8 settembre 2022, vale a dire in epoca precedente all'adozione dell'atto reclamato ed anche all'insediamento del commissario ad acta, il Comune di Forio aveva emesso provvedimento ex art. 38 d.P.R. n. 380 del 2001 di fiscalizzazione degli abusi, sicché il commissario ad acta non avrebbe potuto adottare un atto che ordinava la demolizione di opere edilizia di fatto sanate dal Comune.

Gli appellanti – nel premettere che il giudizio in cui è stata resa la sentenza appellata è un giudizio di ottemperanza della sentenza n. 2390/21, e sottesa sentenza 335/15, che aveva disposto l'obbligo della p.a. di provvedere sull'istanza prot. 2717/12 (con contestuale nomina di commissario ad acta in caso di persistente inerzia della p.a.) e che le predette sentenze non avrebbero alcun contenuto precettivo, non indicando in alcun modo un preciso comportamento o atto da adottarsi dalla p.a., ma il solo obbligo di concludere il procedimento attivato su domanda prot. 2717/12, ferma l'ampiezza valutativa dell'amministrazione – hanno formulato i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 d.p.r. 380/01, 2, 3, 21 septies, 114 cpa, in relazione anche agli artt. 1362 c.c. e 97 Cost, violazione dei principi di interpretazione secondo buona fede e conservazione degli atti, e della domanda.

Il provvedimento comunale prot. 31567 dell'8 settembre 2022, quale espressamente concepito e motivato sia in fatto che in diritto, costituirebbe espressione dell'esercizio non di autotutela conservativa ma di amministrazione attiva, con cui l'amministrazione avrebbe complessivamente e dettagliatamente riesaminato la situazione (nell'ambito ed in esecuzione anche delle pronunce giurisdizionali medio tempore intervenute), rideterminandosi al rilascio secondo la ratio ed il dettame dell'art. 38 dpr 380/01 del titolo

urbanistico e paesistico necessario a conservare l'opera originariamente realizzata in virtù di titolo poi caducato.

Si tratterebbe di provvedimento diretto e discrezionale della p.a., chiaro nella volontà di rimuovere i vizi della procedura amministrativa ai sensi dell'art. 38 dpr 380/01 e di riesercitare il potere ex art. 38 stesso, previa nuova istruttoria e valutazione, palesate dettagliatamente in motivazione, determinandosi, ora per allora, al rilascio/rinnovo del permesso necessario, ponendosi il provvedimento reso espressamente ex art. 38 dpr 380/01, come il nuovo assetto di interessi della situazione determinata, e così suscettibile di autonoma impugnativa con giudizio ordinario.

Il provvedimento reso ex art. 38 avrebbe dato conto dettagliatamente di tutti i requisiti prescritti per il rilascio del permesso a costruire, con reiterazione dell'istruttoria, e valutazione postuma della conformità alla normativa vigente al momento in cui l'amministrazione si è pronunciata la prima volta, accertando la sussistenza, al predetto momento, delle condizioni di fatto e di diritto richieste ai fini della conformità (edilizia, urbanistica, paesaggistica, ambientale, etc. etc.), recando specifica motivazione sul punto (Cons. St. n. 8869/2023), anche in relazione alla emendabilità dei vizi degli atti annullati.

L'atto frutto della riedizione dell'azione amministrativa dovrebbe intendersi idealmente "sostitutivo" di quello riconosciuto illegittimo, e come tale esplicante efficacia retroattiva.

Ne consegue che il provvedimento reso dall'amministrazione in data 8 settembre 2022 aveva consumato il potere conseguente all'originaria domanda di permesso a costruire e a quella di cui al prot. 2717/12, donde l'impossibilità per il commissario di provvedere.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 dpr 380/01. Error in iudicando.

Nel caso di opera divenuta abusiva a seguito dell'annullamento del permesso di costruire, il legislatore - con l'art. 38 del D.P.R. n. 380 del

2001 – contemplerebbe tre possibili rimedi: a) la sanatoria della procedura nei casi in cui sia possibile la rimozione dei vizi della procedura amministrativa, con conseguente non applicazione di alcuna sanzione edilizia; b) nel caso in cui non sia possibile la sanatoria, l'Amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione in forma specifica della demolizione; c) soltanto nel caso in cui non sia possibile applicare la sanzione in forma specifica, in ragione della natura delle opere realizzate, l'Amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione pecuniaria nel rispetto delle modalità sopra indicate. Si tratterebbe di una gradazione di sanzioni modulata alla luce della gravità della violazione della normativa urbanistica.

Gli appellanti hanno altresì riproposto i motivi del ricorso di primo grado non scrutinati.

La signora Alessandra Vinciguerra ha analiticamente controdedotto, concludendo per il rigetto dell'appello.

Il Comune di Forio si è costituito in giudizio ribadendo la legittimità del titolo in sanatoria n. 31567 dell'8 settembre 2022, in quanto conforme alla normativa vigente, e sostenendo le ragioni degli appellanti.

Le parti hanno depositato altre memorie a supporto delle rispettive ragioni.

Alla camera di consiglio del 9 ottobre 2025, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Le vicende salienti possono essere sinteticamente ricostruite nei seguenti termini:

- in data 21 agosto 2009, il Comune di Forio ha rilasciato al sig. Giuseppe Cutellese il permesso di

costruire n. 2/09 e l'autorizzazione paesaggistica 8/09 per “sostituire e spostare un traliccio di ferro per telecomunicazioni, in pessime condizioni statiche, e per la realizzazione di un casotto per l'alloggio dei trasformatori e delle attrezzature tecniche necessarie al funzionamento dei ripetitori, alla loc. Zaro in Forio”;

-. le opere sono state eseguite;

- il Tar per la Campania, Sezione Sesta, con la sentenza n. 5198 del 2011, ha annullato i detti provvedimenti;
- in data 5 marzo 2012, il Comune di Forio ha emesso, ex art. 31 dpr 380/01, ordinanza di demolizione delle opere realizzate;
- il Tar per la Campania, Sesta Sezione, con la sentenza n. 802 del 2013, in accoglimento del ricorso proposto dal sig. Giuseppe Cutellese e dal nuovo proprietario del traliccio Forio Brico Sas di Cutellese Maria, ha annullato l'ordinanza di demolizione;
- il Tar per la Campania, Sesta Sezione, con la sentenza n. 335 del 2015, ha dichiarato illegittimo il silenzio dell'Amministrazione comunale sull'istanza in data 21 maggio 2013 con cui la Fondazione William Walton e la Mortella ha chiesto di adottare i provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004 per le opere in discorso ed ha conseguentemente ordinato di concludere il procedimento;
- il Comune di Forio ha rilasciato il titolo edilizio in sanatoria con provvedimento n.31567 dell'8 settembre 2022;
- il Commissario ad acta, insediatasi in data 24 aprile 2024, con la deliberazione n. 1 del 15 luglio 2024, oggetto del presente contenzioso, ha ingiunto la demolizione delle opere.

3. La questione essenziale al fine di dirimere la presente controversia è costituita

dalla qualificazione da attribuire al provvedimento del Comune di Forio dell'8 settembre 2022, non impugnato dalla signora Vinciguerra e, quindi, divenuto inoppugnabile, atteso che ove lo stesso non fosse nullo, in quanto non violativo o elusivo del giudicato, la successiva ingiunzione alla demolizione disposta dal Commissario ad acta risulterebbe emanata in totale carenza di potere e, quindi, sarebbe inefficace.

3.1. Il Comune di Forio, con il provvedimento prot. n. 31567 dell'8 settembre 2022, ha confermato e rieditato i provvedimenti rilasciati

rispettivamente con autorizzazione n. 8 del 10 febbraio 2009 per quanto riguarda il profilo paesaggistico e, con permesso di costruire n. 2 del 21 agosto 2009, per quanto riguarda il profilo urbanistico – edilizio.

L'Amministrazione comunale - dopo una analitica ricostruzione dei fatti e posto in rilievo che il Tar per la Campania, con la sentenza n. 802 del 2013, ha affermato che l'attività che il Comune avrebbe dovuto porre in essere era quella prevista e disciplinata dall'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 - ha considerato che “il procedimento da attivare è quello previsto e disciplinato dal primo comma dell'art. 38 del DPR 380/2001, con la specifica finalità di verificare se ‘sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative’, che ne hanno determinato l'annullamento, come specificamente individuate e richiamate nella sentenza del Tar ...”

Il Comune, sulla base di una analitica motivazione, evidenziato anche che l'opera de qua rientra nella portata applicativa del d.lgs. n. 259 del 2003, il cui art. 86 dispone espressamente che le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazioni di cui agli artt. 87 e 88 sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, d.P.R. n. 380 del 2001, ha “ritenuto che - in costanza della conformità di quanto realizzato ai titoli originariamente rilasciati – le motivazioni appena esposte siano da considerare idonee, ai sensi ed agli effetti di quanto disposto dal già richiamato primo comma dell'art. 38 del DPR 380/2001, a rimuovere i vizi di legittimità degli originari titoli rilasciati, sia sotto il profilo della tutela paesaggistica che sotto il profilo della disciplina urbanistico-edilizia, con la conseguenza di indurre a ritenere che, con la loro esplicitazione, siano adeguatamente emendati i titoli originariamente rilasciati, consentendone la conferma/rinnovazione e la riedizione ad ogni effetto di legge, per le finalità e con le potenzialità derivanti dalla applicazione della richiamata disposizione dettata dal citato art. 38, senza la necessità di attivazione di alcun procedimento di sanatoria ordinaria, che

risulterebbe estraneo alla fattispecie prevista e disciplinata dal legislatore con la predetta disposizione”.

3.2. Il giudice di primo grado ha disatteso il reclamo proposto avverso la delibera commissariale di ingiunzione alla demolizione, sulla base delle seguenti argomentazioni:

“4. Il reclamo, come si è detto, fonda sul presupposto che il provvedimento di sanatoria adottato dal comune in data 8 settembre 2022 è di esecuzione del giudicato.

Nella parte dispositiva, infatti, i responsabili del procedimento dichiarano “di confermare e ritenere rieditati i provvedimenti rilasciati rispettivamente con autorizzazione n. 8 del 10 febbraio 2009 e 2 del 21 agosto 2009”.

Si tratta, all’evidenza, di una autotutela conservativa di atti già oggetto di annullamento giurisdizionale, e come tale di un provvedimento nullo per mancanza del suo oggetto.

Inoltre, il provvedimento del comune di Forio, pur qualificato in ricorso come atto con il quale si intende procedere alla fiscalizzazione degli abusi, non appare compatibile con la fattispecie dell’art. 38 del d.P.R. 380 del 2001 in quanto il Comune non ha quantificato, come richiesto dalla norma, alcuna sanzione a carico dei responsabili dell’abuso.

In sintesi, l’atto del Comune di Forio dell’8 settembre 2022 non può dirsi esecutivo del giudicato, avendo ad oggetto la “conferma” di atti che non esistono più nel mondo giuridico per effetto del loro annullamento giurisdizionale, ed è tamquam non esset in quanto al di fuori del paradigma normativo che regola la fattispecie della fiscalizzazione degli abusi edilizi”.

3.3. Le doglianze proposte con il presente appello avverso le richiamate statuizioni della sentenza di primo grado sono fondate e vanno accolte.

L’art. 38, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 dispone che “In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a

motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale”

Pertanto, in ragione del chiaro disposto normativo, l'art. 38 del D.P.R. n. 380 del 2001 contempla la possibilità della sanatoria della procedura nei casi in cui sia possibile la rimozione dei vizi della procedura amministrativa, con conseguente non applicazione di alcuna sanzione edilizia.

Diversamente, nel caso in cui non sia possibile la sanatoria, l'Amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione in forma specifica della demolizione e, ove la riduzione in pristino, in ragione della natura delle opere realizzate, non sia possibile, è obbligata ad applicare la sanzione pecuniaria.

Di talché, occorre convenire gli appellanti che si tratta di una gradazione di sanzioni modulata alla luce della gravità della violazione della normativa urbanistica.

Ne consegue, essendo espressamente prevista la possibilità di rimuovere i vizi senza applicazione di alcuna sanzione, la fondatezza della censura dedotta in appello che evidenzia la erroneità della statuizione di primo grado secondo cui si sarebbe fuori dal paradigma normativo che regola la fattispecie della fiscalizzazione degli abusi.

Al fine di accertare, invece, se, come ritenuto dal primo giudice, il provvedimento comunale dell'8 febbraio 2022 sia nullo per mancanza del suo oggetto, trattandosi di autotutela conservativa di atti già oggetto di annullamento giurisdizionale, occorre procedere all'analisi delle statuizioni contenute nella sentenza del Tar per la Campania n. 5198 del 2011 e, soprattutto della sentenza del Tar per la Campania n. 802 del 2013.

La sentenza del Tar per la Campania n. 5198 del 2011, che ha annullato il permesso di costruire n. 2 del 21 agosto 2009 e l'autorizzazione paesaggistica n. 8 del 10 febbraio 2009, inerenti la sostituzione di un traliccio esistente tramite il suo spostamento in diversa località del territorio cittadino, al capo 19, ha così concluso: "In definitiva, per l'effetto delle operate valutazioni, i due gravami vanno accolti in quanto, come denunciato da entrambi, sia il permesso di costruire che l'autorizzazione paesaggistica impugnati sono stati emessi in difetto di istruttoria e di motivazione adeguati alla bisogna, ovvero, quali resi, in difetto dei presupposti di legge".

La sentenza del Tar per la Campania n. 802 del 2013 ha annullato l'ordinanza di demolizione n. 44 del marzo 2012, con la quale si ingiungeva la demolizione delle opere realizzate in forza del permesso di costruire n. 2 del 2009 e dell'autorizzazione paesaggistica n. 8 del 2009, annullati con la detta sentenza del Tar per la Campania n. 5198 del 2001.

In detta sentenza, è tra l'altro indicato che:

"Il riferimento al difetto di istruttoria e di motivazione, sinteticamente richiamati nella parte conclusiva della sentenza [sentenza n. 5198 del 2011] quale ragione di accoglimento del gravame, posto in relazione con il complessivo impianto motivazionale dell'intera decisione, va dunque inteso in una valenza sicuramente procedimentale come mancata verifica (da parte dell'ente locale) e mancata dimostrazione (da parte del richiedente) della sussistenza delle condizioni di legge per il rilascio dei titoli paesistico ed edilizio, che, per tali ragioni, risultano resi in difetto dei presupposti di legge". "Ad ulteriore conferma della rimuovibilità dei vizi riscontrati, nel corso di un eventuale, successivo, procedimento, la sentenza fa salva l'adozione di provvedimenti ulteriori da parte dell'amministrazione, lasciando così aperta la strada a nuove valutazioni sostanziali, senza nulla anticipare sul possibile esito della riedizione del

potere, atteso che manca, nella pronuncia del giudice, l'individuazione di una ragione di inedificabilità assoluta dell'opera".

In particolare, la sentenza n. 802 del 2013 ha poi statuito che "La natura astrattamente emendabile dei vizi imponeva al comune di motivare, ai sensi dell'art. 38 del d.P.R. 380/2001, la scelta ripristinatoria effettuata e le ragioni per le quali tale opzione era stata ritenuta preferibile rispetto alle altre evenienze procedurali pure contemplate dalla norma", sicché è stata ritenuta fondata la censura di violazione dell'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Il ricorso, in conclusione è stato accolto con annullamento del provvedimento gravato e fatti salvi i provvedimenti ulteriori.

3.4. Così ricostruiti i termini fattuali e giuridici della questione, il Collegio ritiene che l'atto adottato dal Comune di Forio in data 8 settembre 2022, con cui sono stati confermati e rieditati l'autorizzazione paesaggistica n.8 del 10 febbraio 2009 e il permesso di costruire n. 2 del 21 agosto 2009, non sia affetto da nullità, in quanto non violativo né elusivo di alcun giudicato.

Il provvedimento, infatti, in esito alle richiamate sentenze del Tar pe la Campania n. 5198 del 2011 e n. 802 del 2013 ha attivato e concluso il procedimento previsto e disciplinato dal primo comma dell'art. 38 del D.P.R. n. 380 del 2001.

In altri termini, il provvedimento del Comune di Forio in data 8 settembre 2022, non impugnato, è stato adottato nell'esercizio di un potere di amministrazione attiva, con conseguente consumazione del potere sostitutivo del Commissario ad acta, sicché, una volta adottato il provvedimento comunale, rimasto peraltro inoppugnato, il Commissario ad acta ha adottato la deliberazione n. 1 del 15 luglio 2024 in totale carenza di potere.

In proposito, nel precisare che la determinazione del Comune di Forio è stata assunta antecedentemente all'insediamento del Commissario ad acta,

è comunque opportuno richiamare i seguenti principi di diritto formulati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2021:

“a) il potere dell'amministrazione e quello del commissario ad acta sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto;

b) gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario ad acta, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario.

c) gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, co. 6, c.p.a. ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117, co. 4, c.p.a.

d) gli atti adottati dal commissario ad acta dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario ad acta abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio”.

4. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il reclamo proposto in primo grado dal signor Giuseppe Cutellese e dalla Forio Brico s.r.l. e deve essere dichiarata inefficace la deliberazione del Commissario ad acta n. 1 del 2024.

5. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge se dovuti, sono poste a carico della signora Alessandra Vinciguerra, quale legale rappresentante della Fondazione William Walton e la Mortella, ed a favore, quanto ad € 3.000 degli appellanti, da dividere in parti uguali, e quanto ad € 2.000 del Comune di Forio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe (R.G. n. 3365 del 2025) e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il reclamo proposto in primo grado dal signor Giuseppe Cutellese e dalla Forio Brico s.r.l. e dichiara inefficace la deliberazione del Commissario ad acta n. 1 del 2024. Condanna la signora Alessandra Vinciguerra, quale legale rappresentante della Fondazione William Walton e la Mortella, al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge se dovuti, in favore, quanto ad € 3.000 degli appellanti, da dividere in parti uguali, e quanto ad € 2.000 del Comune di Forio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2025, con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giovanni Gallone, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO