



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 5131 del 2015, proposto da Comune di Cimitile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetta Lubrano, Filippo Lubrano e Francesco Miraglia, con domicilio eletto presso lo studio Lubrano, in Roma, via Flaminia, n. 79;

contro

Domenico Lombardi, Guido Lombardi, Luisa Lombardi e Fabrizia Gaia Lombardi, rappresentati e difesi dall'avvocato Alfredo Contieri, con domicilio eletto presso lo studio Michele De Cilla, in Roma, corso Trieste, n. 16;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli, (Sezione Seconda) n. 02013/2015, resa tra le parti, concernente l'annullamento d'ufficio di un permesso di costruire e del conseguente ordine di demolizione con ripristino dello stato dei luoghi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei sig.ri Domenico Lombardi, Guido Lombardi, Luisa Lombardi e Fabrizia Gaia Lombardi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2019 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Benedetta Lubrano, Filippo Lubrano e Francesco Miraglia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I sig.ri Domenico Lombardi, Guido Lombardi, Luisa Lombardi e Fabrizia Gaia Lombardi hanno chiesto al Comune di Cimitile il permesso di costruire per la realizzazione di un complesso immobiliare mediante trasformazione di una struttura edilizia di loro proprietà.

Stante l'inerzia del Comune nel provvedere, i suddetti richiedenti hanno domandato l'intervento sostitutivo della Provincia di Napoli, la quale ha nominato un commissario *ad acta* che ha rilasciato il reclamato titolo edilizio (permesso di costruire 21/12/2010 n. 8).

Senonché, con provvedimento 4/2/2011, n. 812, il Comune ha annullato d'ufficio il detto permesso di costruire, dopodiché, con ordinanza 24/5/2011, n. 10, ha ingiunto la demolizione di alcuni manufatti presenti sull'area oggetto del programmato intervento di trasformazione, sul presupposto che gli stessi fossero stati realizzati in assenza di titolo edilizio.

Ritenendo provvedimento di ritiro e ordine di demolizione illegittimi, i sig.ri Lombardi li hanno impugnati con due distinti ricorsi al T.A.R. Campania – Napoli, il quale, riuniti i gravami, li ha accolti con sentenza 9/4/2015, n. 2013.

Averso la sentenza ha proposto appello il Comune di Cimitile.

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio i sig.ri Lombardi.

Con successive memorie le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive. Alla pubblica udienza del 4/4/2019 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo l'appellante denuncia l'errore commesso dal T.A.R. nel ritenere il Comune privo del potere di agire in autotutela sull'atto emanato dal commissario *ad acta*, stante il ritenuto carattere intersoggettivo del rapporto instauratosi tra commissario e amministrazione sostituita.

La doglianza è infondata.

Un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, afferma che quando il commissario *ad acta* viene nominato da un'autorità amministrativa per sostituirsi nell'esercizio di una competenza generale (in luogo di un organo di cui difetti radicalmente il funzionamento) e quindi senza l'indicazione degli specifici atti da emanare, la relazione che si instaura con l'ente è di natura interorganica e il provvedimento commissariale va qualificato come atto di un organo straordinario, che può essere rimosso dallo stesso ente locale nell'esercizio dei propri poteri istituzionali di autotutela; laddove invece il commissario è nominato, nell'esercizio dei poteri di controllo sostitutivo, per l'adozione di uno specifico atto indicato dall'autorità tutoria, la relazione ha carattere intersoggettivo e l'ente può solo impugnare le statuizioni del commissario innanzi al giudice amministrativo, ma non può ritirarle in via di autotutela (Cons. Stato, Sez. IV, 17/4/2018, n. 2283; 13/4/2016, n. 1441; 18/4/2013, n. 2184; 21/1/2013, n. 327; Sez. V, 28/12/2011, n. 6953; 6/10/1999, n. 1332; 8/7/1995, n. 1034).

In questo secondo caso, con riguardo ai terzi, l'atto del commissario può ben essere imputato all'amministrazione sostituita, ma rispetto a quest'ultima il provvedimento commissariale rimane espressione di un potere esercitato da un centro di competenze distinto e autonomo in relazione al quale non è, quindi, configurabile la possibilità di agire in autotutela.

Nel caso di specie è incontestato che il commissario *ad acta* sia stato nominato per provvedere su una specifica istanza (quella con cui gli appellati avevano chiesto il rilascio del permesso di costruire), per cui, il Comune non aveva il potere di annullare d'ufficio l'atto commissariale adottato nell'espletamento dell'incarico.

Né può ritenersi che negando, nei casi come quello di specie, all'ente sostituito il potere di provvedere in autotutela, si mini il principio di continuità dell'azione amministrativa.

Occorre infatti osservare che, per un verso, la lesione di tale principio è direttamente imputabile alla non fisiologica condotta dell'ente sostituito che con la sua inerzia ha creato i presupposti per l'intervento tutorio, per altro verso la tutela dell'interesse istituzionale al medesimo ente assegnato è, comunque, assicurata mediante la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale le determinazioni commissariali adottate.

Col secondo motivo si deduce che il T.A.R. avrebbe errato a ritenere che l'ordinanza di demolizione si fondi sull'avvenuto ritiro del permesso di costruire n. 8/2010 e che conseguentemente il venir meno dell'atto di secondo grado, possa travolgere in via automatica la detta ordinanza.

Quest'ultima, infatti, non avrebbe ad oggetto le opere assentite col permesso di costruire n. 8/2010, bensì gli originari fabbricati insistenti sull'area, che risulterebbero privi di titolo edilizio.

Il giudice di prime cure avrebbe inoltre errato a riscontrare nell'impugnata ordinanza i vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione per "*l'oggettiva difficoltà alla identificazione dei manufatti oggetto della licenza n. 1/46*".

Infatti, proprio la mancanza di certezze sulle opere a suo tempo assentite non consentirebbe di affermarne la legittima realizzazione, considerato anche che nel

tempo non sarebbe intervenuto alcun provvedimento di sanatoria, posto che l'istanza di condono del 1995 avrebbe riguardato solo alcune strutture.

Non risulterebbe, infine, pertinente il richiamo al lungo tempo trascorso dall'esecuzione delle opere per farne discendere un affidamento tutelabile in capo degli odierni appellati.

La doglianza non merita accoglimento.

E' pur vero, come deduce il Comune, che l'avversata ordinanza di demolizione, pur traendo spunto dalla vicenda afferente il disposto annullamento d'ufficio del permesso di costruire n. 8/2010, non riguarda poi le opere assentite col detto permesso di costruire, ma si riferisce a manufatti già da lungo tempo presenti sull'area, di modo che l'annullamento ad opera del giudice del suddetto titolo edilizio doveva considerarsi inidoneo a travolgere l'ordinanza stessa.

Cionondimeno quest'ultima deve ritenersi viziata da difetto di istruttoria e carenza di motivazione, come correttamente affermato dal Tribunale.

Infatti, non è dubbio che con riguardo all'area su cui sorgono le opere di cui è stata ordinata la demolizione, sia stata rilasciata la licenza edilizia n. 1/46 per *“ampliamento e costruzione relativo all'esistente Molino e Pastificio, per l'installazione di macchinari inerenti l'industria molitoria”*.

Ora, come emerge dagli esiti della verifica disposta in primo grado, non è possibile determinare con certezza se i manufatti oggetto dell'ordinanza di demolizione fossero stati autorizzati con la detta licenza edilizia atteso che quest'ultima non risulta corredata da alcun allegato grafico.

Tuttavia, sia la circostanza che la ricordata licenza di costruzione n. 1 del 1946 autorizzava l'esecuzione di opere edilizie, sia il fatto che le strutture oggetto di contestazione erano presenti sull'area di proprietà degli appellati da lunghissimo tempo senza che mai in precedenza fossero state sollevate obiezioni in ordine alla loro liceità, avrebbero dovuto indurre l'amministrazione comunale ad effettuare

più approfonditi e penetranti accertamenti al fine di verificare l'epoca di effettiva esecuzione delle suddette strutture e solo in presenza di sicuri e comprovati indizi in ordine all'abusività delle stesse avrebbe potuto ordinarne la demolizione.

D'altra parte, in punto di prova della ritenuta abusività delle opere di che trattasi non è decisivo che alcuni manufatti, non presenti nella cartografia del 1959, lo fossero invece in quella del 1974, atteso che sino alla modifica dell'art. 31 della L. 17/8/1942, n. 1150, introdotta dall'art. 10 della L. 6/8/1967, n. 765, la licenza edilizia non aveva scadenza, per cui non è implausibile ipotizzare che i fabbricati possano essere stati legittimamente realizzati sulla base della detta licenza n. 1/1946, nel lasso di tempo intercorrente tra il 1959 e l'entrata in vigore della L. 765/1967 (avvenuta in data 1/9/1967).

Alla luce delle esposte considerazioni deve ritenersi che nella fattispecie sussistesse quantomeno un principio di prova in ordine alla liceità delle costruzioni presenti sull'area degli appellati (Cons. Stato, Sez. V, 13/2/1998, n. 157), per cui l'amministrazione avrebbe potuto disporre la demolizione solo all'esito di un'adeguata istruttoria, che nel caso che occupa è invece mancata.

L'appello va pertanto respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Francesco Mele, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO