

Nel giudizio amministrativo, costituisce invece specifico onere dell'appellante formulare una critica puntuale della motivazione della sentenza appellata, posto che l'oggetto di tale giudizio è costituito da quest'ultima e non dal provvedimento gravato in primo grado, e che il suo assolvimento esige la deduzione di specifici motivi ed argomentazioni di contestazione della correttezza del percorso argomentativo che ha fondato la decisione appellata (per tale principio, Cons. Stato, IV, 13 dicembre 2013, n. 6005).

È infondato il motivo di appello con cui si lamenta la omessa pronuncia per non avere il primo giudice esaminato e trattato il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria: è evidente come la sentenza, nell'esaminare il motivo con il quale si deduceva la estraneità dei proprietari rispetto all'abuso in relazione a tutte le circostanze fattuali, abbia esaminato tale censura *sub specie* di vizio di violazione di legge (sulla base della asserita violazione delle norme che stabiliscono la responsabilità dell'autore dell'abuso), accertando i medesimi fatti e le stesse censure (di asserito mancato accertamento dei fatti a sostegno della istruttoria circa la reale responsabilità dei proprietari inerti) riproposte poi come vizio di eccesso di potere, riproposto in modo ridondante, come ripetitivo del precedente, oltre che infondato, è il motivo di omessa pronuncia.

Sulla base delle sopra esposte considerazioni, l'appello va respinto, con conferma dell'appellata sentenza.

(*Omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 474 — Pres. BACCARINI — Est. BURICELLI — Cl. Ma. Fa. e Pa. Bo. (avv. Spinelli) c. Comune di Rimini (avv. Barbatini).

(*Riforma T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, n. 535/2014*).

Abusi edilizi - Sanzioni amministrative - Ordine di ripristino - Attività vincolata - Termini decadenziali e prescrizionali - Esclusione.

Abusi edilizi - Sanzioni amministrative - Carattere permanente dell'illecito - Conseguenze. Abusi edilizi - Sanzioni amministrative - Ordine di ripristino - Decorso del tempo dall'illecito - Irrilevanza - Legittimo affidamento del privato - Conservazione dell'abuso - Non sussiste.

La repressione degli abusi edilizi è espressione di attività strettamente vincolata e non soggetta a termini di decadenza o di prescrizione, potendo la misura repressiva intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall'epoca della commissione dell'abuso (1).

L'illecito edilizio ha carattere permanente; esso si protrae e conserva nel tempo la sua natura, e l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso è in re ipsa; l'interesse del privato al mantenimento dell'opera abusiva è necessariamente recessivo rispetto all'interesse pubblico all'osservanza della normativa urbanistico-edilizia e al corretto governo del territorio (2).

Non sussiste alcuna necessità di motivare in modo particolare un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione di demolizione, poiché l'ordinamento tutela

(1-3) Segue una nota di M.C. SPENA.

l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore contra legem (3).

La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica Amministrazione e legittimo affidamento del privato.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La fattispecie in esame e i principi affermati in sentenza. — 3. La natura dell'azione repressiva degli illeciti edilizi da parte della p.A. — 4. Il legittimo affidamento rispetto alla conservazione dell'abuso: fondamenti del principio e forme di tutela del privato nell'ambito degli illeciti edilizi.

1. *Premessa.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 474 del 2015, ha chiarito che l'attività di repressione degli abusi edilizi ha natura vincolata e non è soggetta ad alcun termine di prescrizione e decadenza, ragion per cui il potere sanzionatorio della p.A. è esercitabile in ogni tempo, anche a distanza di un lasso temporale notevole dalla data dell'abuso.

I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che la condotta della pubblica Amministrazione atta a sanzionare un abuso edilizio a distanza di notevole lasso di tempo rispetto al momento del prodursi dell'illecito non porti con sé atti o comportamenti dai quali poter desumere il prodursi di un legittimo affidamento in capo ai responsabili dell'abuso.

Dunque il ragionamento operato nella pronuncia, partendo dalla natura permanente dell'illecito edilizio, rileva che l'interesse del privato alla conservazione dell'opera abusiva cede necessariamente il passo al cospetto del superiore interesse pubblico al rispetto della normativa urbanistica ed edilizia vigente.

Inoltre l'Amministrazione non deve necessariamente motivare il provvedimento con il quale sia stata irrogata la sanzione indicando le ragioni di interesse pubblico e comparando quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, dal momento che l'Ente può esercitare la propria funzione di repressione degli illeciti in quanto garante del superiore interesse al ripristino della legalità violata. A fronte di ciò, non può ammettersi la formazione di alcun affidamento meritevole di tutela alla conservazione di una situazione sostanzialmente illegittima, dovuta all'inerzia della p.A. prolungatasi nel tempo.

2. *La fattispecie in esame e i principi affermati in sentenza.*

La sentenza in epigrafe trae origine dalla seguente vicenda.

Nell'esercizio dei poteri repressivi degli abusi edilizi sul territorio, il Comune di Rimini aveva notificato un'ordinanza di demolizione di un'opera eseguita in assenza di titolo (nella specie un manufatto su ruote), ed il conseguente ordine di ripristino dello stato dei luoghi entro 90 giorni dalla notifica dell'ordinanza.

Impugnato il provvedimento dinanzi al T.A.R. competente, il giudizio si concludeva con una pronuncia di rigetto del ricorso proposto (1), sull'assunto che il manufatto realizzato dai ricorrenti identificasse una nuova costruzione, come tale un intervento che determina *ex se* una irreversibile trasformazione urbanistico-edilizia del territorio.

Inoltre il medesimo Tribunale, in ragione del carattere permanente dell'illecito edilizio e dell'interesse pubblico alla repressione dell'abuso perpetrato, affermava che non avesse alcun rilievo il lungo tempo trascorso tra il momento in cui era stato commesso l'abuso e l'emanazione dell'ordinanza di demolizione e che tale lasso temporale non potesse obbligare l'Amministrazione a valutare un eventuale affidamento da parte del privato.

(1) T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, n. 535/2014.

Inoltre, il fatto che i ricorrenti avessero indicato alcuni elementi forniti dalla Amministrazione quali indici di una presunta regolarità edilizia dell'opera, non aveva determinato l'insorgere di alcun affidamento in capo ai privati, né la necessità di alcuna motivazione ulteriore del provvedimento sanzionatorio.

Seguiva il ricorso in appello, con il quale i ricorrenti deducevano che la p.A. con la propria condotta aveva ingenerato un affidamento incolpevole circa la legittimità della loro situazione, per poi inspiegabilmente mutare il proprio atteggiamento a distanza di oltre dieci anni, senza peraltro motivare la propria scelta. Inoltre, la decorrenza di un così considerevole lasso di tempo avrebbe dovuto indurre l'Ente a considerare l'affidamento prodottosi in capo ai ricorrenti, e ancor di più, a motivare in maniera adeguata il provvedimento dallo stesso emanato.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto, confermando la sentenza gravata, ribadendo il ragionamento operato dai giudici di prime cure secondo cui l'immobile oggetto della violazione andasse qualificato come nuova costruzione, in quanto *destinato a soddisfare esigenze prolungate di carattere abitativo implicando una stabile, ancorché non irreversibile, trasformazione edilizia del territorio e un'alterazione rilevante dello stato dei luoghi* (2).

In ordine alla censura degli appellanti secondo cui l'Amministrazione avrebbe, con la propria condotta, dato adito a fondare l'aspettativa circa la legittimità del loro operato, il Consiglio di Stato ha ribadito che l'attività sanzionatoria degli abusi edilizi ha natura strettamente vincolata ed è esercitabile in ogni tempo, anche a distanza notevole rispetto al momento del perpetrarsi dell'abuso, non essendo soggetta a termini di decadenza o prescrizione.

Inoltre, prosegue la sentenza in commento, dal momento che l'illecito edilizio ha carattere permanente, conserva inalterata nel tempo la propria natura; pertanto a fronte del bilanciamento tra l'interesse pubblico e quello del privato, quest'ultimo diventa oltremodo recessivo rispetto a quello pubblico alla tutela della normativa vigente, perché l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso è *"in re ipsa"*.

Ne consegue che l'esperimento dell'azione repressiva da parte dell'Ente Pubblico costituisce attività dovuta, cui è connaturato l'interesse pubblico alla rimozione dell'opera abusiva, attesa l'importanza degli interessi sottesi alla cui tutela la p.A. è chiamata.

Inoltre la sentenza statuisce che un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione di demolizione, non richiede una puntuale motivazione, in quanto *"l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore "contra legem". Non può ammettersi cioè un affidamento meritevole di tutela alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, in forza di una legittimazione fondata sul tempo"*.

3. La natura dell'azione repressiva degli illeciti edilizi da parte della p.A.

La pubblica Amministrazione rappresenta il soggetto istituzionalmente preposto a vigilare sulla legittimità dell'attività edilizia svolta sul territorio. In particolare, il legislatore prescrive

(2) In particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno accolto in pieno l'orientamento giurisprudenziale prevalente (Cons. Stato, Sez. IV, n. 4214 del 2012, in *Dir. e giust. on line*, 2012, 3 agosto; Id., Sez. IV, n. 6615 del 2007; nel medesimo senso, cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 31 marzo 2015 n. 1874, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. pen., 4 dicembre 2014 n. 7047, in *CED Cassazione penale 2015*), a tenore del quale, ai fini del rilascio del permesso di costruire, deve considerarsi "nuova costruzione" un'opera che implichi comunque una stabile, ancorché non irreversibile, trasformazione urbanistico-edilizia del territorio diretta a soddisfare esigenze del privato non precarie, ma destinate a prolungarsi nel tempo, sotto il profilo funzionale e della destinazione dell'immobile.

che il tipo di controllo esercitato sia essenzialmente di prevenzione sulle iniziative assunte sul territorio e, al contempo, di vigilanza sull'attività materiale di costruzione (3).

La natura vincolata ed obbligatoria dell'attività di repressione degli abusi edilizi da parte della p.A. è stata definitivamente affermata dapprima con la legge 6 agosto 1967 n. 765, c.d. "legge ponte", e poi con la legge Bucalossi n. 10 del 1977: atteso che il coordinamento e la definizione degli interessi pubblici avvengono a livello di pianificazione urbanistica (4), ne discende che questa medesima considerazione degli interessi pubblici non richiede ulteriori valutazioni di carattere discrezionale per la sanzionabilità dell'attività edilizia *sine titulo*, ma che la semplice constatazione dell'abuso perpetrato valga a far scattare l'azione repressiva della p.A., senza peraltro attivare garanzie comunicative e procedurali specifiche nei confronti del destinatario del provvedimento (5).

La disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 27 del d.P.R. 380/2001, meglio noto come Testo unico dell'Edilizia, rubricato "*Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*" (6).

Tale potere della p.A. è comunemente definito "*autosoddisfacimento*", dal momento che l'Amministrazione non ha alcuna necessità di esperire un'apposita azione giudiziaria per il soddisfacimento di un proprio diritto alla eliminazione di un fatto che comporti danno all'interesse pubblico poiché contrastante con la disciplina normativa vigente.

Il potere di reprimere gli abusi edilizi (7) da parte dell'Amministrazione (8) presenta

(3) P. STELLA RICHTER, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 92.

(4) G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 757.

(5) G.D. COMPORI, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, in questa *Rivista*, 2013, 464 ss.

(6) La norma recita testualmente "1. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi.

2. Il dirigente o il responsabile, quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi. Qualora si tratti di aree assoggettate alla tutela di cui al regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267, o appartenenti ai beni disciplinati dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766, nonché delle aree di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, il dirigente provvede alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi, previa comunicazione alle amministrazioni competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa. Per le opere abusivamente realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente importante ai sensi degli articoli 6 e 7 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, o su beni di interesse archeologico, nonché per le opere abusivamente realizzate su immobili soggetti a vincolo o di inedificabilità assoluta in applicazione delle disposizioni del titolo II del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, il Soprintendente, su richiesta della regione, del comune o delle altre autorità preposte alla tutela, ovvero decorso il termine di 180 giorni dall'accertamento dell'illecito, procede alla demolizione, anche avvalendosi delle modalità operative di cui ai commi 55 e 56 dell'articolo 2 della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

3. Ferma rimanendo l'ipotesi prevista dal precedente comma 2, qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali d'ufficio o su denuncia dei cittadini, l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al comma 1, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, ordina l'immediata sospensione dei lavori, che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi di cui ai successivi articoli, da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori. Entro i successivi quindici giorni dalla notifica il dirigente o il responsabile dell'ufficio, su ordinanza del sindaco, può procedere al sequestro del cantiere.

4. Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, ove nei luoghi in cui vengono realizzate le opere non sia esibito il permesso di costruire, ovvero non sia apposto il prescritto cartello, ovvero in tutti gli altri casi di presunta violazione urbanistico-edilizia, ne danno immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, al competente organo regionale e al dirigente del competente ufficio comunale, il quale verifica entro trenta giorni la regolarità delle opere e dispone gli atti conseguenti".

(7) Sulla funzione pubblica di controllo dell'attività edilizia P. URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico, organizzazione e rapporti*, Torino, 2013, 339 ss.

(8) P. STELLA RICHTER, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 96 ss. Sul tema, cfr. R. URSI (aggiornamento a cura di A.L. Leoni), *Commento ad art. 27 Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 671 ss.; P. URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Torino, 2013; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*,

dunque i caratteri della urgenza, della vincolatività e della obbligatorietà (9), in quanto fondato sulla insussistenza di un titolo valido per l'avvenuta trasformazione del territorio, ragion per cui per la legittima adozione dei relativi atti repressivi non sono richiesti apporti partecipativi (10) da parte del destinatario del provvedimento sanzionatorio (11).

Poiché dall'analisi della normativa urbanistica, sia vigente che passata, non è dato rinvenire alcun riferimento a limiti temporali all'esercizio del suindicato potere repressivo da parte della p.A. (12), la giurisprudenza corrente ne ha fatto discendere che le sanzioni stesse, anche in ragione del loro carattere di misura restitutiva, come accade per l'ordine di demolizione (13) e per le misure pecuniarie sostitutive della demolizione, non sono assoggettate a termini di prescrizione, "perché relative ad un abuso con effetto permanente di danno al pubblico interesse" (14).

Si tratta dunque di un principio consolidato in giurisprudenza, a tenore del quale il potere repressivo degli illeciti edilizi è esercitabile in qualsiasi tempo (15), configurando un

Padova, 2012, 212 ss.; A. FIALE - E. FIALE, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2011; V. DE GIOIA, *Edilizia e urbanistica. Regimi normativi, titoli abilitativi e strumenti di tutela*, Torino, 2009; G. MAUCERL, *Art. 27*, in AA.VV., *Testo Unico sull'edilizia*, coordinato da V. ITALIA, Milano, 2003; A. MANDARARO, *Art. 27*, in G. DE MARZO (a cura di), *L'attività edilizia nel Testo Unico*, Milano, 2002; F. MELE, *L'ordine di sospensione dei lavori nel sistema urbanistico italiano. Inquadramento teorico ed analisi pratica dell'istituto*, Milano, 1998; D. CORLETTI, *Opere abusive (edilizia e urbanistica)*, in *Dir. pubbl.*, X, 1995, 327; F. SALVIA - S. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 1992; N. ASSINI - P.V. LUCCHESI, *Attività urbanistico edilizia: nuovo sistema dei controlli e delle sanzioni*, Padova, 1987; A. IANNELLI, *Le violazioni edilizie: amministrative, civili e penali*, Milano, 1981.

(9) Sulla obbligatorietà dell'azione amministrativa, senza pretesa di esaustività, cfr. i contributi di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Principio di obbligatorietà*, in AA.VV., *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, Milano, 2014, 3 ss.

(10) M. COCCONI, *Garanzie partecipative e funzione di pianificazione territoriale*, in *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2011, 53 ss.

(11) T.A.R. Campania, Napoli, 3 dicembre 2014 n. 6305, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 27 ottobre 2014 n. 1003, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2014, 10, 2621.

(12) Sul tema, A. MANDARANO, *Abusi edilizi e decorso del tempo: i limiti all'intervento repressivo della P.A.*, in *Urb. e app.*, 1999, 1109.

(13) C. IAIONE - P. STELLA RICHTER, *Demolizione di opere abusive*, in M.A. SANDULLI, *Testo Unico dell'Edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e successive modifiche)*, Milano, 2015, 943 ss.

(14) G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico, op. cit.*, 1004. Sul tema, l'Autore pone in luce però una contraddizione nella normativa urbanistica ed edilizia vigente. Dal momento che la persistenza del pubblico interesse dovrebbe essere la ragione che giustifica l'esperimento di un'azione repressiva della p.A. anche a distanza di molto tempo dalla commissione dell'illecito, del pari sarebbe necessario che la stessa p.A., in vista dell'esercizio di tale funzione sanzionatoria, effettui un controllo atto a verificare l'effettiva sussistenza e l'attualità della condizione di pubblico interesse idonea a legittimarne l'azione. Ciò posto, con la successione degli strumenti di pianificazione generale, le costruzioni già esistenti, tra cui anche quelle delle quali non sia stata accertata la abusività, entrano di fatto a far parte del patrimonio edilizio esistente, e dunque un eventuale accertamento di abuso, chiarisce l'Autore, viene in un certo qual modo "storicizzato" ed una ordinanza di demolizione che intervenga a seguito di strumenti urbanistici successivi a quelli che, al contrario ne avevano attestato l'esistenza, "viene a danneggiare l'efficacia della pianificazione urbanistica, alterando le dimensioni dell'esistente e quindi, conseguentemente, la quantità di offerta di nuove costruzioni programmate".

A ciò si aggiunge, prosegue l'Autore, il dettato dell'art. 40 del d.P.R. n. 380/2001, che prevede precisi limiti temporali all'esercizio dell'attività repressiva da parte della Regione in presenza di abusi, affermando che "in caso di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire o in contrasto con questo o con le prescrizioni degli strumenti urbanistici o della normativa urbanistico-edilizia, qualora il comune non abbia provveduto entro i termini stabiliti, la regione può disporre la sospensione o la demolizione delle opere eseguite. Il provvedimento di demolizione è adottato entro cinque anni dalla dichiarazione di agibilità dell'intervento".

Dunque, conclude l'Autore, resterebbe aperto il problema della obbligatorietà e della imprescrittibilità del potere di reprimere l'abuso edilizio a distanza di notevole lasso di tempo nei casi in cui l'Amministrazione non abbia in concreto verificato la persistenza di un effetto dannoso da parte dell'abuso ormai di fatto storicizzato.

(15) Sul punto di rilievo la pronuncia Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2014 n. 5792, in www.lexitalia.it, secondo cui "Per giurisprudenza ampiamente prevalente, infatti, la repressione degli abusi edilizi può essere disposta in qualsiasi momento, sia perché si tratta di misure a carattere reale piuttosto che di vere e proprie sanzioni (al riguardo sanzionatorio provvedendosi propriamente in sede penale), sia perché si tratta comunque di illeciti permanenti cui si associano misure oggettive, in rapporto alle quali non può nemmeno essere utilmente invocato il principio di estraneità degli attuali proprietari alla relativa effettuazione (fatte salve l'inopponibilità dell'acquisizione gratuita del bene e dell'area di sedime - ove gli stessi proprietari collaborino alla rimozione dell'abuso - nonché ogni possibile azione di rivalsa, nei confronti dei responsabili, ove diversi dagli attuali

illecito permanente, che si protrae e conserva nel tempo la propria natura (16), e a cui sono correlate sanzioni di carattere reale (17).

Tale impostazione risulta pienamente accolta anche dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento, in cui si legge che “*la repressione degli abusi edilizi è attività strettamente vincolata e non soggetta a termini di decadenza o prescrizione, potendo la misura repressiva intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall’epoca della commissione dell’abuso*” (18).

Il t.u. edilizia, a fronte di diverse fattispecie incriminatrici dell’illecito edilizio (artt. 27, 31, 32 comma 3, 33, 34, 35, 37), prevede differenti sanzioni amministrative (19), tutte espressamente rivolte a ripristinare l’ordine giuridico violato (20), che si dividono in sanzioni punitive, sanzioni ripristinatorie, e sanzioni risarcitorie (21).

Il Legislatore ha infatti previsto, in ragione della tipologia dell’abuso perpetrato, la possibilità di applicare le misure repressive della demolizione, della sanzione pecuniaria, dell’acquisizione gratuita al patrimonio comunale (22), o della confisca amministrativa (23).

Ciò posto, anche nelle ipotesi in cui il Legislatore ha dato facoltà alla p.A. di scegliere la misura ritenuta più opportuna, deve ritenersi che l’attività repressiva degli abusi edilizi resti comunque un’attività strettamente vincolata nell’an, vale a dire almeno nella prima fase della decisione di procedere alla irrogazione della sanzione, priva di alcun margine di discrezionalità per l’Amministrazione competente (24).

L’irrogazione di una sanzione a distanza di un periodo di tempo molto lungo rispetto alla data di accertamento della violazione spesso può però inserirsi anche in fattispecie nelle

titolari del bene: cfr. per il principio, fra le tante, Cons. Stato, IV, 27 dicembre 2011, n. 6873, 18 aprile 2014, n. 1994; V, 8 aprile 2014, n. 1650 e 30 giugno 2014, n. 3281”.

(16) Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2015 n. 6, in www.giustizia-amministrativa.it.

(17) Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2014 n. 435, in www.giustizia-amministrativa.it.

(18) Sul tema cfr. G.D. COMPORI, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, in questa Rivista, 2013, 464.

(19) Sul regime sanzionatorio degli abusi edili, cfr. G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 741 ss.; G. D’ANGELO, *Diritto dell’edilizia e dell’urbanistica*, Padova, 2012; N. CENTOFANTI, *Diritto di costruire pianificazione urbanistica espropriazione*, Milano, 2010; R. FERRARA - G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario al Testo Unico dell’edilizia*, Padova, 2005; A. CAPALBO, *Il sistema sanzionatorio nel nuovo testo unico dell’edilizia: governo del territorio: vigilanza e tutela*, Matelica, 2005; G. CIAGLIA, *Nuovi strumenti di repressione dell’abuso edilizio. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 386; G. VIZZARI, *Abusi edilizi, silenzio della P.A. e contro interessato*, in *Foro amm.-T.A.R.* 12, 2004, 3856; P. FALCONE - E. MELE, *Urbanistica e appalti nella giurisprudenza*, I, Torino, 2001; L. STEVANATO, *Le sanzioni edilizie nelle sentenze dei giudici amministrativi*, Padova, 2000; S. BELLOMIA, *Urbanistica (sanzioni in materia di)*, in *Enc. dir.*, 1992; B. TONOLETTI, *Esecuzione d’ufficio e sanzioni amministrative nel diritto urbanistico*, in *Reg.*, 1992, 1033; A. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche*, Milano, 1987, 137 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sul regime delle sanzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia; dalla L. n. 1150 del 1942 alla L. n. 47 del 1985*, in *Riv. giur. urb.*, 1985, III, 419 ss.; G. TORREGROSSA - M.A. SANDULLI - S. BELLOMIA, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti delle opere abusive*, Milano, 1985; V. GIUFFRÈ, *Sanatoria e repressione degli abusi edilizi*, Napoli, 1985, 23; N. ASSINI, *Abusi edilizi e sanzioni amministrative: profili critici ed aspetti ricostruttivi*, Milano, 1979.

(20) V. GASTALDO, *La natura e l’onere di motivazione delle sanzioni pecuniarie in materia edilizia* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 2013, n. 2363), in *Urb. e app.*, 1/2013, 1190; S. SCARLATELLI, *Sulla natura ripristinatoria delle sanzioni per abusi edilizi*, in *Urb. e app.*, 2003, 347.

(21) N. CENTOFANTI, *L’abusivismo edilizio, Sanzioni amministrative e penali*, Milano, 2010, 12.

(22) F. SAITTA, *Acquisizione gratuita delle opere abusive e tutela del proprietario*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 309.

(23) Il potere rimesso all’Ente di scegliere tra l’applicazione della sanzione pecuniaria e l’irrogazione della misura ripristinatoria, secondo una parte della dottrina (P. STELLA RICHTER, *I profili funzionali dell’urbanistica*, Milano, 1984, 173) avrebbe natura discrezionale, in quanto costituente il risultato della ponderazione tra i vari interessi in conflitto. Da una parte vi sarebbe infatti l’interesse a garantire l’attuazione della destinazione prevista dagli strumenti urbanistici, e dall’altra l’interesse a conservare il patrimonio edilizio esistente, a non rimuovere inutilmente le parti di edificio eventualmente regolari, alla destinazione per fini pubblici di immobili idonei ad essere utilizzati a tale scopo, ed all’interesse a realizzare delle opere di urbanizzazioni per cui, diversamente, mancherebbero i fondi sufficienti.

(24) V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in questa Rivista, 2012, 147.

quali si siano consolidate posizioni soggettive del privato di particolare rilevanza (25), come nel caso dell'acquirente incolpevole (26).

In tal caso, atteso il dovere generale di correttezza cui è tenuta la p.A., ciò imporrebbe all'Ente di fornire una idonea motivazione del provvedimento, atta a giustificare il ritardo compiuto nell'emanazione della sanzione; ciò finirebbe col significare che l'interesse pubblico in alcuni casi può non essere prevalente rispetto agli interessi dei privati (27).

Sul punto l'orientamento dominante nella giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che l'ordinanza di demolizione sia un atto vincolato (28), e come tale non debba essere sorretta da una motivazione specifica in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico ad irrogare la sanzione, atteso che il pubblico interesse alla repressione degli abusi edilizi ed al ripristino della legalità violata è *in re ipsa*; pertanto, rispetto ad una funzione propriamente pubblicistica di repressione di attività edificatoria indiscriminata *sine titulo* sul territorio, non può rilevare in alcun modo il fatto che le autorità preposte al controllo dello stesso siano eventualmente intervenute in ritardo rispetto all'abuso perpetrato né l'affidamento riposto dal privato circa la situazione così consolidata (29).

(25) Sul tema si segnala il contributo di G. MARI, *L'acquisizione di diritto ex art. 31 t.u. edilizia nei confronti dell'attuale proprietario del bene erede del responsabile dell'abuso*, in questa *Rivista*, 2015, fasc. 3.

(26) Il Legislatore, come noto, in presenza di abuso edilizio, ha previsto tre diverse tipologie di sanzioni amministrative, ovvero, la diffida a demolire, ossia l'ordine di rimuovere o demolire, entro 90 gg. dalla notifica del provvedimento, l'opera abusiva ed il ripristino dello stato dei luoghi; vi è poi l'acquisizione gratuita del bene e delle aree al patrimonio del Comune, una volta trascorsi 90 gg. dalla notifica dell'ordinanza di demolizione senza che si sia proceduto all'attuazione del provvedimento: in tal caso l'Ente pubblico acquisisce direttamente la proprietà dell'opera e dell'area di sedime sulla quale insiste, al fine di procedere alla demolizione dell'abuso a spese del responsabile; ed infine, la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie.

Orbene, è possibile differenziare diversi profili di responsabilità in capo al privato, tanto più in caso il bene dedotto in contestazione sia stato trasferito a terzi. L'art. 29 del t.u. edilizia individua una serie di soggetti responsabili in via presuntiva, di qualsiasi inosservanza a norme di legge o regolamenti in materia urbanistica, nonché delle modalità di esecuzione previste nel permesso, ponendo a carico dei soggetti indicati l'obbligo di procedere al pagamento delle sanzioni pecuniarie nonché di sostenere le spese per la demolizione ed il ripristino. La norma contempla in tale novero il titolare del permesso ovvero il titolare dell'opera al momento del compimento dell'abuso, il committente (soggetto diverso dal proprietario dell'opera, che può essere un conduttore, usufruttuario, superficiario, ed è colui che ha incaricato il costruttore di procedere ai lavori), ed infine il costruttore, ovvero colui che materialmente li ha realizzati. Questi soggetti sono responsabili sul piano amministrativo della conformità delle opere alla disciplina urbanistica, alle previsioni di piano, alle prescrizioni del permesso ed alle modalità esecutive indicate dallo stesso. Sono inoltre indicati dalla citata disposizione il direttore dei lavori ed il progettista, che assume la veste di esercente un servizio di pubblica necessità per le dichiarazioni formulate in caso di presentazione di SCIA.

La figura dai risvolti più complessi è di certo quella del proprietario del bene, il quale, qualora non rientri in una delle categorie indicate dalla norma, si trova nella situazione di subire le conseguenze patrimoniali negative delle sanzioni ripristinatorie e riparatorie; dunque il Legislatore ha configurato un modello di responsabilità in via presunta in capo ai soggetti individuati dall'art 29, da cui gli stessi hanno l'onere di fornire la prova liberatoria.

(27) G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. cit., 1006.

(28) Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004 n. 4743; Id., 10 luglio 2003 n. 4107; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 4 febbraio 2003 n. 8246, in www.giustamm.it; T.A.R. Molise, Campobasso, 7 novembre 2014 n. 608, in www.giustizia-amministrativa.it, ribadisce che anche qualora sia trascorso un considerevole arco temporale tra la commissione dell'abuso e l'adozione della misura repressiva, il provvedimento sanzionatorio in materia edilizia resta un atto tipicamente vincolato che non richiede alcuna valutazione espressa delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione dell'interesse pubblico con quelli dei privati coinvolti, né infine una motivazione puntuale circa la sussistenza di un interesse concreto all'adozione della sanzione; dunque, in ragione di ciò non è configurabile alcuna forma di tutela alla conservazione di una situazione di fatto abusiva.

Dunque non pare esservi dubbio che il solo carattere dell'abusività dell'intervento realizzato costituisca di per sé ragione idonea per l'adozione della misura repressiva dell'illecito; pertanto, in presenza di un'opera abusiva, non vi è alcuna discrezionalità dell'amministrazione in ordine al provvedere, ma la stessa è obbligata ad intervenire perché sia ripristinato lo stato dei luoghi. Così T.A.R. Campania, Napoli, 3 dicembre 2014 n. 6305; *amplius*, T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 19 luglio 2006 n. 6021.

(29) T.A.R. Sicilia, Catania, 12 marzo 2015 n. 756, in www.giustizia-amministrativa.it; così anche T.A.R. Sicilia, Palermo, 24 marzo 2015 n. 713, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2014 n. 4466, in www.gazzettaamministrativa.it. Nella pronuncia del Cons. Stato, Sez.V, 27 aprile 2011 n. 2526, in questa *Rivista*, 2011, I, 1033, si legge testualmente "Il provvedimento di demolizione di un'opera abusiva non necessita di una puntuale motivazione in quanto atto vincolato, né richiede una specifica valutazione delle ragioni di

Non vi sarebbe dunque alcuna necessità di motivare un provvedimento con il quale sia stata disposta la demolizione di un manufatto abusivo, qualora sia decorso un notevole lasso di tempo tra il momento del perpetrarsi dell'abuso e quello dell'adozione del provvedimento di demolizione, atteso che *“la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore «contra legem»”* (30).

Pertanto, un soggetto che abbia commesso un illecito edilizio non può ricevere alcuna tutela in ragione del fatto che la p.A. lo abbia in qualche modo “avvantaggiato” non adottando il provvedimento sanzionatorio dell'abuso non sanabile (31).

La giurisprudenza amministrativa tutta, ed in particolare quella del Consiglio di Stato, tra cui la sentenza in commento, tradizionalmente hanno posto l'accento sulla non configurabilità di un affidamento alla conservazione di una situazione abusiva, che fondi la propria legittimazione soltanto sul decorso del tempo, affermando che *“vale il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo di vigilanza e controllo e della sanzionabilità del comportamento illecito dei privati, qualunque sia l'entità dell'infrazione e il lasso temporale trascorso, salve le ipotesi di dolosa preordinazione o di abuso”* (32).

Ne discende che, a fronte del superiore interesse pubblico al ripristino della legalità violata, il legittimo affidamento del privato (33), ingeneratosi con il decorso, spesso molto lungo, di tempo dal momento della realizzazione dell'opera, diventi oltremodo recessivo e dunque come tale non meritevole di tutela (34).

Sul tema, però, si registra anche una diversa corrente giurisprudenziale, attenta a garantire una specifica tutela alla posizione di affidamento del privato in confronto alla mera esigenza di ripristino della legalità violata, secondo la quale, in caso di irrogazione della misura repressiva di un illecito edilizio a distanza di tempo notevole rispetto alla commissione dello stesso, sia necessaria una motivazione precisa e puntuale (35), circa la entità e la tipologia dell'abuso commesso, la sussistenza di un pubblico interesse che vada oltre il ripristino della legalità violata, e che sia idoneo a determinare il sacrificio dell'interesse contrapposto del privato (36).

In particolare, tale indirizzo ritiene che il lungo decorso temporale tra la commissione

interesse pubblico e tantomeno una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, non potendo ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il tempo non può giammai legittimare”

(30) Secondo T.A.R. Veneto, Venezia, 12 marzo 2015 n. 303, in www.giustizia-amministrativa.it, l'abuso edilizio è un illecito di natura permanente per il quale, in caso venga accertato dopo un notevole lasso di tempo, la p.A. non è comunque tenuta ad un onere di motivazione ulteriore, dal momento che la stessa ha comunque il dovere di rimuoverlo, e ciò indipendentemente dal fatto che l'accertamento dell'abuso sia tardivo o tempestivo.

(31) Cons. Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2015 n. 13, cit.

(32) Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2012 n. 2592.

(33) A. AULETTA, *Considerazioni intorno al cd. affidamento del responsabile dell'abuso ed all'operazione qualificatoria del fatto nel caso di intempestivo esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia (a margine di T.A.R. Umbria, Sez. I, 21 gennaio 2010 n. 23)*, in questa *Rivista*, 2010, 223.

(34) Così T.A.R. Piemonte, Torino, 16 aprile 2015 n. 607; T.A.R. Veneto, Venezia, 25 marzo 2015 n. 352; Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2012 n. 3337, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 1604.

(35) Sino ad affermare che il provvedimento che non specificasse tali ragioni fosse afflitto da vizio di difetto di motivazione, Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 2013 n. 1268, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 758.

(36) Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 2008 n. 2705, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 1720; nello stesso senso, cfr. da ultimo, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 24 marzo 2010 n. 1577; T.A.R. Umbria, Perugia, 19 dicembre 2014, n. 620; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 8 febbraio 2012 n. 203; T.A.R. Napoli, Sez. IV, 28 dicembre 2009 n. 9260; Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008 n. 883; Id., Sez. V, 29 maggio 2006 n. 3270. Nel medesimo senso si segnala anche il recentissimo arresto Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2015 n. 2512, in www.lexitalia.it, secondo cui *“in linea generale l'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive è sufficientemente motivata con riferimento all'oggettivo riscontro dell'abusività delle opere ed alla sicura assoggettabilità di queste al regime del permesso di costruire, non essendo necessario alcun ulteriore obbligo motivazionale, come il riferimento ad eventuali ragioni di interesse pubblico; tuttavia, tale obbligo motivo sussiste, a pena d'illegittimità, nel caso di un lungo lasso di tempo trascorso dalla conoscenza della commissione dell'abuso edilizio ed il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, tali da evidenziare la sussistenza di una posizione di legittimo affidamento del privato”*.

dell'illecito e la condotta inerte dell'Amministrazione istituzionalmente preposta a sanzionare gli abusi, abbia di fatto generato una posizione di legittimo affidamento del privato, e che, per di più, il fattore temporale costituisca un elemento ostativo all'adozione di una misura sanzionatoria che, a distanza di tempo, potrebbe paradossalmente rivelarsi pericolosamente controproducente per un assetto edilizio del territorio che nel frattempo si sia consolidato (37); a ciò si aggiunge che il privato proprietario destinatario della misura repressiva, appunto dopo un lasso di tempo molto lungo, affronterebbe notevoli difficoltà ad esercitare il proprio diritto di difesa ed individuare i responsabili effettivi dell'abuso (38).

4. *Il legittimo affidamento rispetto alla conservazione dell'abuso: fondamenti del principio e forme di tutela del privato nell'ambito degli illeciti edilizi.*

Alla luce di quanto sinora esposto, viene legittimamente da chiedersi quale influenza possa esercitare il passaggio del tempo rispetto alla contestazione di un addebito di responsabilità di un'opera abusiva in capo al privato, che adduca a propria difesa la configurabilità di una condotta dell'Amministrazione precedente che abbia ingenerato una condizione di legittimo affidamento circa la conformità dell'opera realizzata.

Il principio del legittimo affidamento identifica l'aspettativa che il privato ripone affinché la condotta della pubblica Amministrazione sia conforme ai principi di correttezza e buon andamento, cui istituzionalmente la stessa ha l'obbligo di uniformare il proprio operato (39), allorché essa intervenga su una situazione consolidatasi per effetto di un atto o di un comportamento della p.A. stessa.

Tale principio viene tradizionalmente ricondotto entro la nozione di buona fede in senso oggettivo (40), nonché nei principi di imparzialità e buon andamento di cui agli artt. 97

(37) Così Cons. Stato, Sez. II, parere 10 dicembre 2003, n. 2420/2002.

(38) Come opportunamente rilevato da T.A.R. Campania, Salerno, 27 settembre 2013 n. 1987, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 2843: "In siffatti casi estremi non si può non notare, dunque, che l'onere della motivazione dell'iniziativa sanzionatoria si impone quale contrappeso proprio alla mancanza di termini di prescrizione/decadenza per l'esercizio del potere repressivo".

(39) Sul tema la bibliografia è vastissima; senza pretesa di esaustività, E. CASETTA - F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 39 ss; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014; ID., *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, Padova, 2003; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 17; I. FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, 2012, 84; V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in questa Rivista, 2012, II, 148; P.M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi*, Padova, 2012, 48; D.U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 1912 ss.; ID., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 757 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione*, Torino, 2005; R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione e tutela dell'addiamento*, in *Urb. e app.*, 2003, 566; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico - Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento del cittadino tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, 1998; F. MANGANARO, *Principio di buona fede attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.

(40) Sul punto F. MERUSI (*L'affidamento del cittadino, op. cit.*), pone in luce la sostanziale differenza tra i concetti di affidamento e di buona fede; l'affidamento infatti rappresenta una applicazione particolare del principio, di matrice romanistica, di buona fede, ed ha il compito precipuo di fornire tutela alle aspettative prodottesi a seguito di una condotta della p.A. o del Legislatore, mentre la buona fede ha dei margini di operatività più ampi, in quanto agisce anche in caso le suddette condotte non abbiano ingenerato alcun affidamento nei destinatari. Inoltre l'Autore si riferisce in particolare alla buona fede in senso oggettivo, ovvero la regola di condotta che deve informare l'operato di ciascuno, e non in senso soggettivo, ossia una condizione psicologica dell'agente di ignoranza e di errore.

e 28 Cost., al principio di solidarietà di cui all'art. 2 ed al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. (41).

Gli elementi di cui si compone sono tre: in primo luogo un elemento oggettivo, per cui l'affidamento può essere ritenuto ragionevole nel caso in cui il vantaggio che il privato ottiene derivi da un comportamento attivo, da un atto formale, nonché da un provvedimento efficace e vincolante; un elemento soggettivo, in virtù del quale il privato riceve tutela solo se questi abbia agito con buona fede; ed infine un elemento cronologico, il decorso del tempo, che rende l'affidamento stabile.

Dunque un principio che si sostanzia in una condizione di fiducia generatasi in capo ad un soggetto in conseguenza del protrarsi di una situazione di fatto che si stabilizza e consolida in seguito al protrarsi di un lungo periodo di tempo di una condizione di *apparentia iuris*, cioè di apparenza del diritto (42).

Il principio di tutela del legittimo affidamento si è progressivamente consolidato nell'ordinamento comunitario e in ciascuno degli Stati membri secondo differenti schemi di giudizio, seppur in mancanza di una espressa previsione normativa, ma per effetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il cui apporto è risultato assolutamente essenziale, atteso che la tutela dell'affidamento non può ritenersi propriamente parte del complesso dei principi comuni a quelli dei Paesi membri ma, piuttosto, è tratta da peculiari esperienze nazionali, come quella tedesca ed olandese (43).

Proprio l'ordinamento comunitario (44) sta esercitando un'influenza notevolissima sull'applicazione nel nostro ordinamento del principio, *in primis*, per via del processo di contaminazione tra gli ordinamenti dei vari Stati membri; di lì poi, il rinvio operato ai principi dell'ordinamento comunitario nell'art. 1 l. n. 241/1990, modificato dalla l. n. 15/2005 (45), ha consentito al suindicato principio di assumere un valore crescente anche nell'ordinamento italiano (46).

Tale impostazione ben si raccorda con le istituzioni giuridiche dell'ordinamento sovranazionale in cui risulta oramai costituzionalizzato il "*diritto alla buona amministrazione*" tra i diritti connessi alla posizione fondamentale di cittadinanza (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Si tratta dunque di un principio di importanza pregnante, attesa la predominante connotazione etica che ne sta a fondamento, dal momento che "*l'idea di un rapporto tra governanti e governati fondato sulla fiducia fa emergere, innanzi tutto, una legittimazione del potere pubblico che matura, per così dire, nei fatti, e che non solo viene dal basso, ma presenta caratteri più specifici e concreti di quella fondata sulla rappresentanza politica o che comunque*

(41) F. RONCAROLO, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1278 ss.

(42) Sul tema M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, op. cit., 58; F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, *Intervento al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 24 ottobre 2007*, in www.giustizia-amministrativa.it, sostiene che "*l'affidamento legittimo e ragionevole (reasonable) è espressione di un principio che impone al soggetto pubblico che voglia allungare le sua fauci lato sensu ablatorie di tenere nel debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio/bene/utilità conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo chiaro atto della pubblica amministrazione all'uopo diretto; e tanto specie se detto vantaggio si sia consolidato per effetto del decorso di un significativo asse temporale*".

(43) M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2012, 133.

(44) B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2007, 1223.

(45) La dottrina (M.P. CHITI, *I principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, 145), si è interrogata circa il tenore di tale rinvio, ritenendo che la peculiarità della formulazione della norma risieda non tanto nel fatto che l'azione amministrativa venga ad essere presieduta da principi già presenti nel diritto amministrativo, quanto nella espressa trasposizione di tali principi nell'ordinamento italiano.

(46) A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

- nel caso dell'amministrazione - è a questa riconducibile, prospettando così, in una logica circolare, un arricchimento e una articolazione delle forme di legittimazione" (47).

Dunque nel principio di tutela del legittimo affidamento trova riconoscimento la trasposizione generale della garanzia che la funzione amministrativa venga esercitata nel fine ultimo di assicurare un effettivo bilanciamento tra interessi contrapposti, e nel contempo, l'assunzione di una posizione qualificata del cittadino che entri in relazione con la p.A., in quanto titolare di una pretesa autonoma contrapposta a quella dell'amministrazione (48), che sia fondata appunto sull'affidamento.

La portata fortemente innovativa del principio, nonché la matrice essenzialmente giurisprudenziale dello stesso, hanno generato problematiche applicative di non poco momento, tra cui, in primo luogo, il rapporto con il principio della certezza del diritto (49), anch'esso a garanzia della stabilità dei rapporti giuridici (50).

Del pari, non può trascurarsi il fatto che, nonostante il cospicuo numero di pronunce in materia, allo stato risultano ben poche quelle che fondano l'accoglimento del ricorso sul motivo della lesione del legittimo affidamento. Dunque, pur essendo un principio dalla portata fortemente rilevante nel panorama giuridico nazionale e comunitario, al contempo esso viene applicato molto raramente, dal momento che i giudici europei tendono a negare la sussistenza dei presupposti fondanti nel caso concreto (51).

Ad ogni modo, in ambito comunitario, la tutela dell'affidamento risiede nell'individuazione e conseguente presa in considerazione dell'interesse del beneficiario di un provvedimento favorevole, che deve essere oggetto di idonea tutela (52); inoltre è condizionata alla sussistenza di diversi presupposti, che la giurisprudenza stessa si è premurata di individuare in una precisa e puntuale opera di ricostruzione, dei quali raramente, come anticipato, rinviene la presenza, e qualora ciò avvenga, sentenza puntualmente la lesione dell'affidamento (53).

In modo particolare, il sindacato dei giudici comunitari verte essenzialmente non sulla ponderazione degli interessi contrapposti, quanto sulla effettiva esistenza dei presupposti per la configurabilità di una situazione di legittimo affidamento, effettuando una ricognizione circa la persistenza di un elemento di tipo soggettivo, ovvero la condizione di fiducia di un soggetto destinatario di un atto favorevole circa la stabilità dello stesso, ed un elemento di carattere oggettivo, ossia relativo all'atto che ne sia a fondamento (54).

A differenza di quanto accade in ambito comunitario, nonché nella giurisprudenza costituzionale, incline ad identificare l'affidamento con un elemento essenziale dello stato di diritto, fortemente correlato al principio di certezza (55), sia la dottrina quanto la giurisprudenza nazionali, tendono a ricondurre il principio della tutela del legittimo affidamento a quello di buona fede, posto a garanzia delle aspettative circa la stabilità di una condotta, o

(47) Così M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 2.

(48) F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 844.

(49) Nell'ordinamento tedesco, invece, il principio di affidamento è stato identificato come un corollario del principio di certezza del diritto ed un articolazione del principio dello Stato di diritto; in particolare secondo la *Schutzwürdiges Vertrauen*, ossia la concezione soggettiva dell'affidamento, esso può configurarsi come certezza in senso soggettivo e criterio di giustizia individuale, basata sulla fiducia del cittadino circa la stabilità di una determinata situazione; sul tema C. FRAENKEL - HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, il caso tedesco*, Trento, 2008, 18 ss.

(50) P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitiva*, in *Scritti in onore di A. Pace*, Napoli, III, 2012.

(51) M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, op. cit., 133.

(52) M. GIGANTE, *Il principio*, cit., 136.

(53) Corte giust. U.E. 5 giugno 2001, T-6/1999, *Esf Elbe c. Commissione*; Id., 24 novembre 1987, C-223/85, *RSV c. Commissione*; 26 febbraio 1987, C-15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commissione*.

(54) M. GIGANTE, *Il principio*, cit., 137.

(55) Cfr. Corte cost. 28 marzo 2008, n. 74, in *www.lexitalia.it*.

di un atto emanato dalla p.A., in caso dal suo ritiro possa discendere un pregiudizio in favore dei soggetti interessati.

Ne deriva l'esigenza di garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici in capo ad un determinato soggetto, la quale consente la deroga alla regola di diritto positivo qualora la sua applicazione possa determinare conseguenze irragionevoli in conseguenza di un comportamento tenuto dall'autorità preposta in una determinata fattispecie.

Il pregnante contenuto valoriale del già citato art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (sul diritto ad una buona amministrazione), quale sintesi di equità e giustizia sostanziale (di cui sono derivazione anche i principi di proporzionalità e di precauzione), riveste una indubbia funzione di integrazione e interpretazione delle norme vigenti, imponendo di prendere in rinnovata considerazione la formulazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere; in particolare, consente di ricondurre la buona fede tra gli obblighi di comportamento dell'amministrazione esigibili dal privato, la cui pretesa a non veder frustrata l'aspettativa suscitata dall'altrui comportamento non va, tuttavia, disgiunta dalla buona fede di chi fa valere tale pretesa (56).

L'impostazione ormai tradizionalmente acquisita dalla giurisprudenza amministrativa assume che le fattispecie di illecito edilizio traggano origine dalla condotta di un soggetto contraria alla prescrizioni normative in materia, il quale poi confidi nella mancanza di controlli da parte dell'Amministrazione o nel protrarsi dell'inerzia dell'Ente nell'esercizio dei poteri di vigilanza sugli abusi; in questi casi, a parere del Consiglio di Stato (57), *“il fattore tempo non agisce ... in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse”*.

Come argomentato in precedenza, gli illeciti di natura urbanistica, edilizia e paesistica sono di carattere permanente, atteso che il potere sanzionatorio dell'Amministrazione Pubblica di carattere ripristinatorio può essere esercitato in qualsiasi momento, e per di più senza alcun onere di motivazione in ordine al ritardo commesso, e che la p.A. è chiamata ad intervenire non su un illecito ormai esaurito (58), ma su di una situazione anti-giuridica che perdura effettivamente sino a quel momento (59).

Dunque, è legittimo chiedersi in quali casi l'affidamento del privato può di fatto ricevere tutela, a fronte di interventi edilizi realizzati in assenza di titolo edilizio o in difformità dalle prescrizioni del titolo stesso e sanzionati a distanza di molto tempo dal momento della realizzazione dell'opera.

Ebbene, ove il privato si sia reso coscientemente responsabile di atti o comportamenti in violazione della normativa urbanistico ed edilizia, presentando delle dichiarazioni non veritiere o con indicazioni progettuali contrarie alle prescrizioni imposte dall'Amministrazione, *“il pubblico interesse, attesa la natura permanente dell'abuso edilizio, assume una valenza del tutto contrastante con la pretesa a conservare l'intervento abusivo, concretizzandosi all'opposto nella finalità di garantire, mediante la misura demolitoria, uno sviluppo ordinato dell'attività edilizia pianificata (60)”*. L'orientamento giurisprudenziale prevalente più volte citato è concorde nel ritenere che *“il potere di applicare misure repressive in materia urbanistica ed edilizia può essere esercitato in ogni tempo, senza necessità, per i relativi provvedimenti, di alcuna specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico a disporre una demolizione (61)”*.

(56) Così testualmente si esprime il T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 maggio 2010 n. 1455, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 1601.

(57) Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2013 n. 5088, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 10, 2855; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2012 n. 2592 in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 1155.

(58) T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010 n. 860.

(59) Cons. Stato, Sez. IV, 16 aprile 2010 n. 2160 in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 4, 828.

(60) Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009 n. 5509, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 1983.

(61) Cons. Stato, Sez. IV, n. 5509/2009, cit.; nel medesimo senso, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010, n. 860, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Di converso, il privato può ricevere tutela qualora questi, sebbene avesse palesato la propria posizione all'Ente, sia stato indotto a ritenere legittimo il proprio operato per effetto di un provvedimento dell'Amministrazione o del silenzio che la stessa abbia tenuto (62).

Puntuale ed esemplificativa la ricostruzione operata in un recentissimo arresto dai giudici amministrativi calabresi (63), in cui si legge: *“quando vi è un titolo che consente la realizzazione di manufatti, il mancato rispetto delle prescrizioni in esso contenute ed il conseguente contrasto con la previsione urbanistica, comporta una perdurante situazione contra ius, che consente all'amministrazione di emanare provvedimenti di autotutela o sanzionatori, finalizzati non solo al ripristino della legalità, ma anche ad imporre il rispetto dell'atto di pianificazione o che ha conformato l'area”*.

La doverosità dell'attività repressiva degli abusi edilizi da parte dell'Amministrazione incontra però un limite nelle ipotesi in cui l'inerzia dell'Ente che si sia protratta per un considerevole lasso di tempo (64), e in condizione di conoscibilità effettiva dello stato dei luoghi, abbia determinato di fatto in capo al privato un affidamento circa l'irrelevanza dell'abuso (c.d. buona fede oggettiva) (65).

Sono configurabili forme “qualificate” di affidamento del privato al mantenimento dell'opera abusivamente realizzata a fronte di un notevole lasso di tempo rispetto al momento dell'irrogazione della sanzione; l'accertamento delle stesse è però interpretato in maniera fortemente restrittiva dalla giurisprudenza prevalente, che lo subordina alla sussistenza di molteplici presupposti, tra i quali, *in primis*, la prova, in capo al ricorrente, del momento, ragionevolmente certo, di realizzazione del manufatto (66).

Viene in tale senso affermato che *“la mancata dimostrazione del periodo di realizzazione delle opere in questione rende meramente assertiva ed indimostrata la stessa circostanza circa il lungo lasso di tempo intercorso tra la realizzazione e l'intervento sanzionatorio, presupposto dell'affidamento di cui si invoca tutela”* (67).

Ammettendo dunque che vi siano delle ipotesi in cui la sussistenza dell'abuso edilizio fosse conoscibile da parte dell'Amministrazione, ne discende che in questi casi il potere della

(62) Sul punto P. OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela della sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, in questa *Rivista*, 2007, 592 ss., assume che è configurabile un affidamento meritevole di tutela alla presenza di alcuni elementi, ovvero il consolidarsi nel tempo di determinate situazioni di fatto, il comportamento delle parti, e soprattutto la condotta inerte della p.A. che abbia omesso di adottare una misura in maniera tempestiva, sebbene l'illecito perpetrato avrebbe potuto essere conosciuto o conoscibile da parte dell'Ente. A parere dell'Autore, l'assunto dovrebbe valere ancor di più qualora lo stesso destinatario della misura sanzionatoria abbia informato dell'opera abusiva l'Amministrazione, la quale però non ne aveva mai dichiarato l'illegittimità, o quando il privato, confidando nell'inerzia della p.A., faccia uso dell'immobile abusivo per fini commerciali o industriali.

(63) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 10 aprile 2015 n. 358, in *www.lexitalia.it*.

(64) Sul punto si segnala la pronuncia di T.A.R. Molise, 17 febbraio 2014 n. 114, in *www.lexitalia.it*, la cui massima recita *“E' illegittimo, per difetto di motivazione, l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo in muratura, che sia stato adottato dopo lunghissimo tempo (nella specie, a distanza di circa venti anni) dalla realizzazione dell'abuso, nel caso in cui l'Ente locale abbia omesso di effettuare la comparazione tra l'affidamento ingeneratosi in capo al proprietario dello stesso, in conseguenza della situazione di fatto protrattasi nel tempo e la necessità di sanzionare l'abuso e, quindi, di indicare, all'esito di tale comparazione, le ragioni di pubblico interesse ritenute prevalenti rispetto all'interesse privato”*. Ciò anche, si legge nella pronuncia, *“con specifico riferimento alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità”* (tenuto conto che nel caso di specie, per la modestissima entità del manufatto, la demolizione dello stesso avrebbe comportato la interruzione delle attività produttive del titolare, ed in una condizione non idonea a pregiudicare l'interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio).

(65) Cfr. secondo T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 27 marzo 2015 n. 521, *“occorre invece che l'Amministrazione abbia tenuto un qualche comportamento che abbia indotto il privato a credere, sin dal momento della realizzazione dell'opera, che questa fosse legittima: ad esempio la constatazione che opere identiche realizzate nella medesima zona urbanistica erano state in precedenza assentite. Di fronte al mero decorso del tempo quello che matura in capo al privato è, semmai, l'affidamento sul fatto che la Amministrazione non si accorgerà mai dell'abuso e quindi non lo contesterà, che è cosa ben diversa dall'affidamento sulla legittimità dell'opera”*.

(66) T.A.R. Umbria, 18 agosto 2009 n. 492; Id., 18 marzo 2008 n. 102; Id., 13 maggio 2013 n. 293, tutti in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(67) T.A.R. Umbria, 29 gennaio 2014 n. 66, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

p.A. di sanzionare gli illeciti edilizi sarebbe equiparabile al potere di annullamento in autotutela ex art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, potere discrezionale sia nell'*an* che nel *quantum* (68).

Alla luce di quanto sinora esposto, dal momento che l'Amministrazione è obbligata ad esercitare la propria funzione di vigilanza sugli abusi edilizi e ad adottare le conseguenti misure sanzionatorie, pur ammettendo di conferire tutela alle ipotesi in cui il privato abbia riposto legittimo affidamento incolpevole sulla correttezza del proprio operato, è legittimo chiedersi se il Legislatore possa di fatto consentire che l'incolpevole affidamento di un soggetto circa la conservazione di una situazione di abuso resti di fatto priva di una sanzione ripristinatoria, e dunque impunita (69).

Orbene, una simile prospettazione finirebbe per collidere con tutte quelle fattispecie in cui la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la illegittimità della condotta inerte della p.A., condannando l'Ente a concludere il procedimento di verifica e repressione dell'abuso entro un termine stabilito, pena la nomina di un commissario *ad acta* (70).

Il principio dell'affidamento tutela la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, ammettendo la rimozione di una situazione di vantaggio, attribuita ad un privato da un atto amministrativo specifico, soltanto al ricorrere di determinate condizioni, tra cui rientra un intervallo di tempo tale da non ingenerare nel privato la convinzione circa la stabilità del rapporto (71).

(68) Sul tema dell'esperibilità dei poteri di autotutela in materia edilizia, dottrina e giurisprudenza hanno diffusamente argomentato, oscillando tra una tesi che ne individua il fondamento in un potere puramente discrezionale e una diversa ricostruzione che invece lo identifica con una forma di potere strettamente vincolato.

Secondo il primo orientamento, l'esercizio di tali poteri è espressione della discrezionalità della p.A., per la quale sono necessari elementi ulteriori rispetto alla sola illegittimità dell'atto da ritirare, e dunque non soltanto il ripristino della legalità, quanto piuttosto il porre a fondamento della stessa un interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione del titolo illegittimo ed una comparazione tra il suddetto interesse ed il sacrificio imposto all'interesse del privato.

Di converso, l'orientamento opposto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2007 n. 6252, in *www.giustizia-amministrativa.it*) assume che l'interesse ad annullare i titoli illegittimi risiede intrinsecamente nell'interesse al ripristino della legalità violata, una forma di annullamento vincolato, a fronte del quale l'interesse del privato rileva soltanto in casi eccezionali. Sul punto il T.A.R. Sardegna, Sez. II, 29 maggio 2014 n. 386, in *Urb. e app.*, 2014, 1090 e ss., ha statuito letteralmente che "l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia (ora permesso di costruire) non necessita di un'espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse al ritiro, configurandosi questo nell'interesse della collettività al rispetto della disciplina urbanistica"; ciò in quanto, a parere del Tribunale sardo, "la concessione edilizia, rilasciata in violazione delle norme urbanistiche, pregiudica di per sé gli interessi alla cui salvaguardia è preordinata la stessa normativa. Di conseguenza, il contrapposto interesse del titolare della concessione edilizia può avere un limitato rilievo solo qualora sia incolpevole e consolidato, potendo solo in quest'ultimo caso essere posto a raffronto con quello al rispetto della normativa urbanistica (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 16 ottobre 2013 n. 651; Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013 n. 3037; Sez. IV, 28 maggio 2012 n. 3150)".

In dottrina il percorso ricostruttivo del potere di autotutela ha seguito un proprio *iter*, dapprima intorno agli anni '30, in cui lo stesso veniva visto come esercizio di tipo obbligatorio di un potere, cui la p.A. era tenuta nell'esercizio dell'azione amministrativa (V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939).

In seguito, intorno agli anni '50, Benvenuti individuava i poteri di autotutela in termini tipicamente discrezionali, in quanto rivolti non al ripristino dell'ordine giuridico violato quanto piuttosto al soddisfacimento di un interesse immediato e concreto dell'amministrazione (cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, *Diritto Amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 542).

Il tutto prima dell'avvento di una disciplina normativa specifica sul punto in tema di autotutela, ad opera della l. n. 241/1990, art. 21-*nonies*, a tenore del quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato quando sussistono ragioni di interesse pubblico, per cui l'interesse che può giustificare l'annullamento è diverso dalla illegittimità e pertanto non può consistere in un mero interesse al ripristino della legalità violata (così P.M. VIPIANA, *Invalità annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, 2007, 84 ss.).

(69) F. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, *op. cit.*, 155.

(70) Il riferimento è alle azioni di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., che prevedono un rito speciale per ricevere tutela in caso di inerzia della p.A.

(71) Cons. Stato, Sez. IV, 16 aprile 2015 n. 1953.

L'affidamento costituisce l'aspettativa di coerenza dell'Amministrazione con il proprio precedente comportamento, la quale è fonte di un obbligo, per l'Amministrazione, di comportarsi secondo buona fede tenendo in adeguata considerazione l'interesse dell'amministrato, la cui protezione non si presenta come il prodotto, accessorio, della cura dell'interesse pubblico, ma come l'oggetto di una autonoma pretesa, contrapposta all'interesse dell'Amministrazione.

Pertanto, la verifica circa l'osservanza del principio di buona fede da parte della p.A. non è operata sulla base dei parametri di logicità e ragionevolezza; essa non coincide con quella svolta in termini di eccesso di potere, ma attiene alla puntuale osservanza dei principi di buona fede e correttezza, che si impongono all'Amministrazione nel rapporto con il cittadino (72).

Qualora l'Amministrazione abbia ingenerato con il proprio comportamento l'erroneo convincimento circa la stabilità della posizione giuridica del privato, è tenuta, *de plano*, a tenere i soggetti coinvolti indenni dalle conseguenze pregiudizievoli di tale situazione.

Tale fattispecie può essere accostata, come anticipato, a quella che si presenta nelle ipotesi in cui, a seguito di ritiro conseguente all'annullamento giurisdizionale o all'esercizio legittimo del potere di autotutela, venga meno un provvedimento attributivo di una situazione di vantaggio, come un permesso di costruire o l'aggiudicazione di una gara d'appalto, su cui il privato abbia fondato il proprio legittimo affidamento. In tali casi, la tutela che il privato può invocare per la perdita della situazione di vantaggio generata dall'atto illegittimo, è quella risarcitoria del danno ingiusto *ex art.* 2043 c.c. per responsabilità da attività legittima della p.A. (73) dinanzi al giudice ordinario (74).

In questi casi la giurisprudenza non richiede al privato che si ritiene leso un onere probatorio molto gravoso per dimostrare la responsabilità della p.A., potendo egli limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto in ipotesi foriero di danno e dovendosi fare rinvio, al fine della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità, alle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c., mentre incombe sull'Amministrazione il compito di dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile (75).

Dunque ci si chiede se un modello di responsabilità conseguente ad un comportamento dell'Amministrazione (76) lesivo del legittimo affidamento, possa di fatto attagliarsi anche all'ipotesi in cui un proprietario di opere abusive si veda notificare a notevole distanza di

(72) Così chiarisce T.A.R. Lombardia, Milano, 11 maggio 2010 n. 1455, cit.

(73) Sul tema la giurisprudenza si è sempre largamente adoperata per individuare ogni possibile sfaccettatura della responsabilità della pubblica Amministrazione; sul tema cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 aprile 2012 n. 1646; Id., 3 ottobre 2012 n. 4017; Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012 n. 4440.

(74) In argomento, da ultimo, Cass., Sez. un., ord. 22 gennaio 2015 n. 1162, che afferma la giurisdizione ordinaria sulla domanda risarcitoria: "Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento del danno determinato dall'annullamento di un permesso di costruire allorché la domanda si basi esclusivamente sulla condotta, asseritamente colpevole per grave negligenza, con la quale il comune ha ingenerato nell'attrice l'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo ed il conseguente incolpevole convincimento di potere procedere all'edificazione"; nel medesimo senso Cass., Sez. un., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, in questa *Rivista*, 2011, I, rispettivamente 482 e 406 (con commento di R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, *ivi*, 413); Id., 23 marzo 2011 n. 6596, in *Foro it.*, 2011, 9, I, 2387, con commento di A. TRAVI; le ordinanze del 2011 sono commentate anche da M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

(75) Cons. Stato, Sez. III, 1 aprile 2015 n. 1717, in www.giustizia-amministrativa.it.

(76) Un definitivo riconoscimento dell'autonomia della posizione del legittimo affidamento e della cui conseguente risarcibilità della lesione, si è avuto con le storiche pronunce Cass., Sez. un., 23 marzo 2011 nn. 6596, 6595 e 6594, secondo cui "viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza".

tempo una misura sanzionatoria per un abuso commesso a notevole distanza di tempo dal momento dell'irrogazione della misura, e della cui legittimità questi era stato ragionevolmente indotto a ritenere.

In tale ipotesi, infatti, la posizione di vantaggio in capo al privato è stata generata proprio dalla condotta inerte della p.A., tenuta invece ad esercitare la propria funzione di repressione dell'attività edificatoria illegittima, e si conclude al momento dell'emanazione del legittimo ordine ripristinatorio da parte dell'Ente. L'affidamento legittimo del privato può nascere non solo in conseguenza dell'emanazione di atti e provvedimenti amministrativi, ma anche in conseguenza di una condotta inerte dell'Amministrazione nell'assumere delle determinazioni e nello svolgere delle funzioni doverose *ex lege* (77).

Se dunque proprio alle Sezioni Unite (78) va il merito di aver chiarito e sensibilmente ampliato il novero della risarcibilità delle ipotesi di responsabilità della pubblica Amministrazione per violazione del *neminem laedere* sino a ricomprendervi sia comportamenti attivi che condotte omissive, stigmatizzando l'azione amministrativa in violazione dei principi costituzionali di buona andamento, imparzialità e correttezza, allora potrebbe, del pari, essere corretto ammettere anche per il privato leso da una misura ripristinatoria disposta a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'abuso una tutela di tipo risarcitorio per lesione del legittimo affidamento alla conservazione di quella situazione (79).

A parere di chi scrive la soluzione di estendere la tutela risarcitoria anche nei confronti del privato destinatario di un ordine ripristinatorio una volta decorso un arco temporale molto lungo rispetto al momento di realizzazione dell'opera, è di certo la via più diretta per assicurare un minimo di garanzia ad un soggetto che legittimamente abbia confidato nel mantenimento dell'opera, soprattutto considerando che l'Amministrazione con il proprio comportamento silente protrattosi nel tempo ha rafforzato la convinzione circa la legittimità dell'intervento.

Va considerato che il rapporto di diritto pubblico, instauratosi tra un privato e la p.A., è intrinsecamente connotato da una posizione impari, per cui il cittadino di fondo sconta il *gap* che lo separa dall'Ente pubblico, intrinsecamente dotato di poteri potenzialmente in grado di incidere unilateralmente sulla sfera del privato; a ciò il Legislatore ha posto riparo ponendo alcuni fondamentali doveri cui la p.A. deve improntare la propria azione, e per la cui violazione la stessa è obbligata a tenere indenne il privato con cui è entrata in contatto.

Dunque partendo da una condizione di "inferiorità" intrinseca della posizione del privato, è proprio la p.A. che deve impegnarsi a che le proprie ontologiche disfunzioni

Attesa l'ampiezza e la complessità del tema, si rimanda ad un più compiuto approfondimento con i contributi di A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1218; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1749 ss.; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU., 23 marzo 2011 n. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *www.federalismi.it*; L. D'ANGELO, *Le Sezioni Unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giust. civ.*, 10/2011, 2321; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 9/2011, 2398; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. giur.*, n. 28/2011, Vol. 28, 7, 933; R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in questa *Rivista*, 2011, 413 ss.; G.D. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 194.

(77) F. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, *op. cit.*, 157.

(78) Cass., Sez. un., 23 marzo 2011 n. 6595, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, 445, in questa *Rivista*, 2011, 2-3, I, 406 con nota di R. CAPONIGRO e in *Giust. civ.*, 2011, 10, I, 2315 con nota di F. D'ANGELO.

(79) Così puntualmente conclude F. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, *op. cit.*, 158.

interne, la lentezza e la complessità della “macchina burocratica” pubblica non finiscano per ripercuotersi sul cittadino incolpevole.

Se quindi le disfunzioni endemiche della p.A. non devono in alcun modo danneggiare la posizione soggettiva dei privati che con la stessa entrino in relazione, allora, a parere di chi scrive, è ipotizzabile che il cittadino possa invocare la tutela risarcitoria nei confronti della p.A. Quest'ultima potrà poi rivalersi nei confronti dei dirigenti e funzionari istituzionalmente tenuti a garantire l'esercizio tempestivo del potere di vigilanza e sanzionatorio.

MARIA CAMILLA SPENA

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2751 — *Pres. BACCARINI — Est. MESCHINO* — P. S.r.l. (avv.ti Iannone, Russo e Sandulli) c. M.L. (avv. Napolitano), Comune di Napoli (avv.ti Ferrari e Romano), Ministero per i beni e le attività culturali, Soprintendenza ai beni architettonici, paesaggistici, storici e etnoantropologici di Napoli e Provincia (Avv. Stato).
(*Conferma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 3 luglio 2014 n. 3648*).

Beni paesaggistici - Vincolo - Autorizzazione - Parere della Soprintendenza ex art. 146 d. lgs. n. 42/2004 - Valutazione di merito - Sussistenza.

Beni paesaggistici - Vincolo - Autorizzazione - Parere della Soprintendenza ex art. 146 d. lgs. n. 42/2004 - Natura codecisionale.

Beni paesaggistici - Vincolo - Autorizzazione - Riesame - Domanda di riesame alla Soprintendenza - Legittimità del procedimento di riesame - Ragioni.

Beni paesaggistici - Vincolo - Autorizzazione - Presupposti - Valutazione - Riferimento a contesto esistente al momento del vincolo - Necessità - Ripristino preesistenze - Irrilevanza.

Nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, con l'entrata in vigore, a regime (dal 1° gennaio 2010), dell'art. 146 codice dei beni culturali e del paesaggio (d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42), che attribuisce al previo parere della Soprintendenza natura vincolante (art. 146, comma 5), la Soprintendenza esercita, non più un sindacato di mera legittimità (come previsto dall'art. 159 del citato d. lgs. n. 42 nel regime transitorio vigente fino al 31 dicembre 2009) sull'atto autorizzatorio di base adottato dalla Regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento ad estrema difesa del vincolo, ma una valutazione di merito amministrativo, espressione dei nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico (1).

(1) Nel medesimo senso, in tema di cogestione del vincolo, in sede di amministrazione attiva, da parte dell'autorità regionale (o di quella delegata) e dell'autorità statale periferica ai sensi dell'art. 146 Codice dei beni culturali e del paesaggio (d. lgs. n. 42 del 2004): Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2013 n. 1129, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 2 maggio 2014 n. 1125, *ivi*; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 30 ottobre 2013 n. 1263, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 3012; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 12 marzo 2013 n. 1404, *ivi*, 2013, 944. Sul citato art. 146, in dottrina M.R. SPASIANO, *Art. 146*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1116 ss. (con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali); V. PARISIO, *Art. 146*, in R. FERRARA, F.G. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2015, 1006; sulle recenti modifiche recate dal decreto Sblocca Italia (d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014) e, in particolare, sulla prescindibilità del parere in caso di decorso del