

3 GENNAIO 2018

L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si
pronuncia sul ruolo del fattore tempo
nell'esercizio del potere repressivo
della p.a. in materia urbanistico-edilizia

di Paolo Tanda

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università Telematica Niccolò Cusano

L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico-edilizia^{*}

di Paolo Tanda

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università Telematica Niccolò Cusano

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La ricostruzione fatta dalla pronuncia n. 12/1983 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione alla rilevanza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione della p.a. – 3. La diversa prospettazione avallata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 17 ottobre 2017. – 4. Considerazioni critiche sulla consistenza dell'onere motivazionale: a) Premessa; b) L'ipotesi di tardivo ordine di demolizione privo, "a monte", di titolo edilizio illegittimo; c) Effetti sull'abusivismo edilizio; d) L'ipotesi di tardivo ordine di demolizione caratterizzato da un preesistente titolo edilizio illegittimo. – 5. La tutela dell'affidamento del privato: spunti ricostruttivi. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

È solo in tempi relativamente recenti che si è cominciata a delineare la natura vincolata e obbligatoria del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico edilizia¹.

Infatti, i caratteri dell'obbligatorietà e della vincolatezza di tale potere non erano contemplati dalla l. n. 50/1942 (c.d. legge urbanistica), il cui art. 32 prevedeva unicamente la facoltà di ordinare la demolizione

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ N. ASSISI – P.V. LUCCHESI, *Attività urbanistico-edilizia. Nuovo sistema dei controlli e delle sanzioni*, Padova, 1987; D. CORLETTI, *Opere abusive (edilizia e urbanistica)*, in *Dir. pubbl.*, X, 1995, 327; V. DE GIOIA, *Edilizia e urbanistica. Regimi normativi, titoli abilitativi e strumenti di tutela*, Torino, 2009; A. FIALE – E. FIALE, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2015; A. IANNELLI, *Le violazioni edilizie amministrative, civili e penali*, Milano, 1981; A. MANDARARO, *Art. 27*, in G. DE MARZO (a cura di), *L'attività edilizia nel Testo Unico*, Milano, 2002; G. MAUCERI, *Art. 27*, in AA.VV., *Testo Unico sull'edilizia*, coordinato da V. ITALIA, Milano, 2003; F. MELE, *L'ordine di sospensione dei lavori nel sistema urbanistico italiano. Inquadramento teorico ed analisi pratica dell'istituto*, Milano, 1998; F. SALVIA, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Padova, 1992; F. SALVIA – S. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 1992; P. STELLA RICHTER, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 96 ss.; P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Torino, 2013; 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. Sia consentito di rinviare anche a P. TANDA, *Le conseguenze dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31, comma 9, t.u.e.*, in *Riv.giur.ed.*, 2016, n. 3, II, 307 ss.

del manufatto abusivo², mentre l'art. 13 l. n. 765/1967 (c.d. legge Ponte), che sostituì l'art. 41 della citata legge urbanistica, si limitava a prevedere l'applicazione in via amministrativa della mera sanzione pecuniaria nel caso di impossibilità di riduzione in pristino o di demolizione degli abusi.

Solo successivamente, con l'art. 15 l. n. 10/1977 (c.d. legge Bucalossi), cominciò a prendere forma, in materia urbanistica, la citata natura obbligatoria e la vincolata dell'azione repressiva, la quale venne delineata nella sua conformazione definitiva dalla legge 28 febbraio 1985 n. 47 e ribadita dal testo unico dell'edilizia³.

Già in passato, proprio in relazione a tale natura, si crearono due contrapposti orientamenti: da una parte, l'indirizzo favorevole ad escludere per il provvedimento demolitorio la necessità di una particolare motivazione⁴ e di una previa comparazione dell'interesse pubblico alla repressione dell'abuso con l'interesse del privato proprietario del manufatto; dall'altra parte, l'indirizzo favorevole ad un articolato e specifico onere motivazionale.

² Affermava l'art. 32 indicato nel testo che << nel caso di lavori iniziati senza licenza o proseguiti dopo l'ordinanza di sospensione il podestà può, previa diffida e sentito il parere della Sezione urbanistica compartimentale ordinarne la demolizione a spese del contravventore senza pregiudizio delle sanzioni penali >>.

³ L'art. 27 T.U.E. conferisce, come è noto al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale il potere dovere di vigilare, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale, al fine di assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi. Nel secondo comma dell'art. 27 cit. è sancito che il dirigente o il responsabile dell'ufficio tecnico comunale, qualora 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 R.D. 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 (ora d.lgs. n. 42 del 2004), 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 (ora artt. 13 e 14 d.lgs. n. 42/2004) 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 (ora Parte Terza del d.lgs. n. 42/2004), 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'art. 2 della l. 23 dicembre 1996, n. 662. In questi casi si parla di demolizione d'ufficio. Al di fuori delle succitate ipotesi, il comma 3 dello stesso art. 27 prevede che, quando 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 dello stesso T.U.E., 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 Si evidenziava, in particolare, che era sufficiente la mera rappresentazione del carattere illecito dell'opera realizzata e cioè una motivazione incentrata sulla sola constatazione dell'abusività dell'opera.

2. La ricostruzione fatta dalla pronuncia n. 12/1983 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione alla rilevanza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione della p.a.

Nel 1983 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per effetto del sopraindicato contrasto, è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla rilevanza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione della p.a.⁵ e, in particolare, in merito alla questione relativa alla necessità o meno di indicare, da parte dell'amministrazione, le ragioni di pubblico interesse sottese all'adozione del provvedimento demolitorio.

In effetti, la sentenza n. 12/1983 dell'Alto Consesso, sulla base di un'organica ricostruzione della problematica oggetto di rimessione, è arrivata a statuire che, sebbene l'abusività dell'opera costituisse l'elemento di per sé idoneo a condizionarne la concreta operatività (senza necessità di alcuna ulteriore valutazione⁶), tale principio risultava attenuato nel caso in cui, a fronte dell'abuso del privato, la p.a. fosse stata inerte per un arco temporale considerevolmente lungo. In quest'ultima specifica ipotesi, l'attenuazione del sopraindicato principio imponeva, per il relativo ordine di demolizione, la necessità di una motivazione più articolata, rispetto al "caso-tipo" in cui l'onere motivazionale poteva essere limitato alla semplice constatazione dell'abusività dell'opera. In altri termini, come limpidamente argomentato dalla pronuncia n. 12/1983 dell'Adunanza Plenaria, il decorso di un lasso di tempo particolarmente lungo, se da un lato non poteva di per sé sanare di fatto un'opera abusiva, dall'altro lato – però – imponeva che quest'ultima potesse essere abbattuta solo mediante una puntuale motivazione sulla sussistenza di specifiche esigenze di pubblico interesse.

Tuttavia, la sentenza n. 12/1983 non ha avuto l'effetto di sopire tutte le questioni sollevate in ordine alla problematica in esame. Infatti, si sono registrati diversi pronunciamenti del giudice amministrativo indirizzati a valorizzare l'inconsumabilità del potere repressivo e il carattere di illecito permanente dell'abuso edilizio. Anche sulla questione dell'affidamento ingenerato nel privato dall'inerzia della p.a.⁷, non sono mancate contrapposte conclusioni in ordine al citato obbligo motivazionale. In particolare, vi sono state pronunce orientate ad escludere che il mero decorso del tempo fosse sufficiente a ingenerare

⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 19 maggio 1983 n. 12, in *Riv. giur. ed.*, 1983, I, 631 ss.

⁶ Venne anche sottolineato da parte dell'Adunanza Plenaria che la valutazione dell'interesse pubblico interveniva di norma << in un momento tutt'affatto diverso da quello che condiziona l'azione amministrativa in presenza di abusi perpetrati da privati. Essa, mentre si esplica in ampia dimensione nella fase di programmazione dell'assetto territoriale, nella fase che qui si considera, in ossequio all'esigenza di conformarsi alle scelte in precedenza operate e di realizzarle, non è di regola tenuta a riproporsi con particolari valutazioni per la repressione degli illeciti edilizi accertati >>.

⁷ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. Econ.*, 2001, 317; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, Padova, 2003; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

un legittimo affidamento nel privato, in quanto si è sostenuto come tale affidamento fosse configurabile unicamente nel caso in cui il privato fosse stato indotto – da un provvedimento della p.a. – a ritenere la legittimità del proprio operato ovvero nel caso in cui il comportamento inerte dell'amministrazione potesse essere qualificato, almeno presuntivamente, come tolleranza dell'esistenza delle opere abusive e non quale mera conseguenza dell'impossibilità di un controllo capillare sul territorio⁸. Per quanto riguarda, poi, l'ipotesi di abuso edilizio realizzato da molti anni in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, si è affermato che la prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato fosse *in re ipsa*, in considerazione del rilievo costituzionale del paesaggio⁹. In tale variegato quadro si colloca anche l'indirizzo favorevole a ritenere l'interesse all'intervento sanzionatorio dell'amministrazione recessivo rispetto al contrapposto interesse del privato nell'ipotesi di abusi di lieve entità consistenti in mere variazioni¹⁰ ovvero nei casi di situazioni assolutamente eccezionali nelle quali fosse evidente la sproporzione tra il sacrificio imposto al privato e l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata¹¹. Tutto ciò ha determinato le condizioni per un'ulteriore pronuncia – a distanza di 34 anni dalla precedente – dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per effetto della rimessione incentrata sulla questione relativa alla necessità o meno che un'ordinanza di demolizione di immobile abusivo motivi congruamente sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando: a) il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, b) il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso¹² e c) il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio.

⁸ Cfr. T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 7 dicembre 2010 n. 522, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Sul punto cfr. Cons. St., sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610, in www.giustizia-amm.inistrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 gennaio 2012, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 16 dicembre 2011, n. 5912, *ivi*; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 13 maggio 2011, nn. 840, 842 e 844, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 4 febbraio 2011, n.708 e n. 710, *ivi*.

¹⁰ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 maggio 2012, n. 2049, ha affermato che in tutti i casi in cui si tratti di nuove costruzioni o, comunque, di abusi di maggiore dimensione, rimane fermo l'indirizzo che afferma l'irrilevanza del lungo periodo di tempo intercorso tra la realizzazione dell'opera abusiva e il provvedimento sanzionatorio ed esclude sia la tutelabilità di un preteso affidamento del responsabile dell'abuso, sia la sussistenza di un ulteriore obbligo per l'amministrazione di motivare specificamente il provvedimento in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico attuale a far demolire il manufatto.

¹¹ In merito T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 25 settembre 2012, n. 3929, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 770, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 15 dicembre 2010 n. 27387, *ivi*.

¹² L'ordine di demolizione adottato dalla p.a. riveste – secondo un consolidato orientamento – natura ripristinatoria. Sulla differenza tra sanzioni amministrative propriamente dette e misure ripristinatorie (o misure amministrative di esecuzione), cfr. M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, cit., 27 ss.; A.A.V.V., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1980, Milano, 1982; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 2 ss.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 37 ss.; C. IAIONE – P. STELLA RICHTER, Art. 33, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 807. Afferma opportunamente M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria*

3. La diversa prospettazione avallata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 17 ottobre 2017.

In data 17 ottobre 2017, a seguito della sopraindicata rimessione, è intervenuta la pronuncia n. 9 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. La parte ricostruttiva di tale pronuncia prende le mosse dai due seguenti diversi orientamenti che si sono formati nella materia in esame.

L'indirizzo maggioritario ritiene legittimamente adottata l'ordinanza di demolizione di un manufatto abusivo anche in assenza di un'adeguata motivazione e indipendentemente dal lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso, dovendosi escludere in radice ogni legittimo affidamento in capo al responsabile dell'abuso o al di lui avente causa¹³. Secondo tale orientamento ammettere la sostanziale estinzione di un abuso edilizio per decorso del tempo significherebbe configurare una sorta di sanatoria (di fatto) *extra ordinem*, che potrebbe operare anche quando l'interessato non avesse inteso (o potuto) avvalersi del corrispondente istituto legislativamente previsto¹⁴.

Di recente, la VI Sezione del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 4243 del 6 settembre 2017 ha ribadito che sarebbe sufficiente fare riferimento all'accertata abusività delle opere che si ingiunge di demolire, in quanto la natura del tutto vincolata dell'attività di repressione degli abusi edilizi escluderebbe la necessità di una particolare motivazione: anche il lungo lasso di tempo intercorso tra la realizzazione dell'abuso e l'adozione del provvedimento repressivo non potrebbe comportare un più stringente obbligo motivazionale circa la sussistenza di un interesse pubblico attuale alla ingiunzione di demolizione, atteso che non potrebbe ammettersi il consolidarsi di un affidamento degno di tutela solo in virtù del tempo trascorso in costanza di una situazione di fatto abusiva. Del resto, il giudizio di difformità dell'intervento edilizio rispetto al titolo abilitativo rilasciato, che costituisce il presupposto dell'irrogazione delle sanzioni, non è connotato da discrezionalità tecnica, ma integra un mero accertamento di fatto, con la conseguenza che l'ordine di demolizione di opere abusive non richiederebbe una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di

della pubblica amministrazione, cit., 28, che si ha sanzione in senso stretto quando l'ordinamento a fronte di un atto antigiuridico, considerata la turbativa arrecata dall'interesse pubblico generale, ritiene << per ciò stesso (imprescindibilmente) necessario comminare una conseguenza dannosa (un male) a carico di chi ne è responsabile, prescindendo in siffatta previsione dalla considerazione della eventuale, secondaria soddisfazione, che possa in qualche caso indirettamente derivare al portatore dall'interesse specifico leso (caratteristiche di tale specie di fenomeni, *in primis*, le sanzioni pecuniarie). Nella norma *strictu sensu* sanzionatoria, l'interesse leso viene – se mai – preso in considerazione solo in via mediata, fine primario e diretto della norma essendo piuttosto quello di agire sul trasgressore >>.

¹³ Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2016, n. 1774; Cons. St., 11 dicembre 2013, n. 5943; Cons. St., 23 ottobre 2015, n. 4880; Cons. St., sez. V, 11 luglio 2014, n. 4892; Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2592.

¹⁴ Cons. St., sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13.

quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione¹⁵.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2017 richiama anche il contrapposto indirizzo giurisprudenziale¹⁶, che ritiene, invece, configurabile un obbligo di motivare specificamente in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico in alcuni "casi-limite"¹⁷ caratterizzati: 1) da un notevole lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso (o della sua conoscenza da parte dell'amministrazione)¹⁸; 2) dalla buona fede del soggetto destinatario dell'ordinanza di demolizione diverso dal responsabile dell'abuso e 3) dall'assenza di un intento volto a eludere la comminatoria del provvedimento sanzionatorio¹⁹. In particolare, è proprio in relazione a tali "casi-limite" che è stata rimessa all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla necessità o meno che l'ordine di demolizione di immobile abusivo sia congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata.

In merito la pronuncia n. 9/2017 chiarisce anzitutto come la fattispecie in esame non possa essere ricondotta al quadro generale dell'autotutela²⁰.

¹⁵ Così Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4243, che, sulla base di quanto indicato nel testo, esclude anche un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può mai legittimare. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3235.

¹⁶ Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 1016. Comunque, ciò che giustifica la repressione anche a distanza di molti anni è il permanere della costruzione abusiva in difformità dalle previsioni di piano, è non l'essere la costruzione il risultato di un'attività svolta senza il prescritto titolo abilitativo: T.A.R. Lazio, Latina, I, 4 aprile 2007, n. 237, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 1 marzo 1993, n. 308, in *Foro amm.*, 1993, 442; T.A.R. Emilia Romagna, II, 21 maggio 1998, n. 207, in *TAR*, 1998, I, 2529; T.A.R. Marche, 23 settembre 1997, n. 918, in *TAR*, I, 4050.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3933.

¹⁸ Cons. St., sez. V, 9 settembre 2013, n. 4470.

¹⁹ In tal senso anche Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2512; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3847.

²⁰ In merito cfr. M. ANNUNZIATA, *Natura e limiti dell'autotutela amministrativa e suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Temì nap.*, 1965, II, p. 372 ss.; G. BARONE, *In tema di autotutela e tutela giurisdizionale*, in *Foro It.*, 1975, I, p. 2316; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Enti pubblici*, 2004, p. 259 ss.; F. BENVENUTI, *voce autotutela (Dir. Amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, 1959; F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2008, 2; V. CONTESSA, *Annotazione sui mezzi di autotutela della p.a.*, in *Funzione amm.*, 1983; L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *Giustamm.it*, 2016; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in A. ROMANO, a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 869 ss.; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi*, n. 7/2017; C. DEODATO, *L'annullamento di ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.; F. FRANCIARIO, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in AA. VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010; F. FRANCIARIO, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, relazione al convegno AIPDA, Campobasso, 8 aprile 2016, in *diritto-amministrativo.org*; F. FRANCIARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, p. 42; DE GHETTI, *Il potere di autotutela tutela della p.a. e il ricorso gerarchico*, in *Corr. amm.*, 1961, p. 371; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. COCCA, Torino, 2014; A. MASSERA, *Alcune considerazioni in tema di autotutela della p.a.*, in *Giurisprudenza di merito.*, 1969, III, p. 261 ss.; A. PAJNO, *L'autotutela tra tradizione e innovazione*, in *Federalismi*, 2017; M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)* (giurisprudenza a cura di G. Strazza), in M.A. SANDULLI (a cura di),

Infatti, nella situazione esaminata non si è in presenza di un ordine di demolizione adottato, dopo lungo tempo, a seguito di annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimo ovvero del provvedimento di sanatoria rilasciato in assenza dei necessari presupposti²¹. Invece, l'ipotesi presa in considerazione dalla citata sentenza n. 9/2017 è quella relativa all'adozione di un ordine di demolizione a distanza di un considerevole lasso di tempo rispetto all'edificazione avvenuta nella totale assenza di un titolo illegittimo.

È chiaro che tali due fattispecie sono notevolmente diverse tra loro.

A) La peculiarità della prima – di cui si è interessata l'ulteriore sentenza emessa in data 17 ottobre 2017 dall'Adunanza Plenaria e cioè la n. 8/2017 – è data dal fatto che “a monte” dell'ordine di demolizione vi sono un titolo edilizio o un provvedimento in sanatoria illegittimi annullati a distanza di considerevole lasso di tempo, con conseguente tardiva adozione del citato provvedimento demolitorio. In questa evenienza la menzionata sentenza n. 8/2017 ha statuito il principio di diritto secondo cui nella vigenza dell'art. 21 *nonies* l. 241/1990 – per come introdotto dalla l. 15/2005 – l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, disposto ad un considerevole lasso di tempo dal provvedimento annullato, deve essere motivato sotto il profilo della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro, tenendo nel dovuto conto anche gli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole. La stessa Plenaria precisa anche che il mero decorso del tempo non può di per sé comportare il consumarsi del potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine “ragionevole”²² per la sua adozione comincia a decorrere soltanto dal momento della

Principi e regole dell'azione amministrativa, 2017, Milano, 215 ss.; M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, ivi, 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, 2017, Milano, 3 ss.; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2016; M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)* (giurisprudenza a cura di L. Droghini, R. Pappalardo e G. Stazza), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2017, Milano; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a.. Certezza del diritto e falsi miti, riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Federalismi.it*, 2015; M. SINISI, *La doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in *Foro amm. - T. A. R.*, 2007, 10.

²¹ Tale ipotesi è quella presa in considerazione della sentenza n. 8 del 17 ottobre 2017 dell'Adunanza Plenaria.

²² Già una risalente giurisprudenza comunitaria (Corte giust. sent. 12 luglio 1957, in cause riun. 7/56, 3/57 a 7/57, *Algera Dineke e.a.c.* Alta Autorità, in *Racc. 1957*, 81 ss., punto III) rappresentava la necessità di esercitare il “ritiro” di un provvedimento emanato dalla pubblica amministrazione entro un termine ragionevole. In tale contesto risulta evidente come il termine – recentemente introdotto dal legislatore – di diciotto mesi costituisca, tra l'altro, espressione proprio del principio di ragionevolezza di derivazione comunitaria. In effetti, il nostro legislatore ha inteso sottolineare come tale principio, con riferimento all'art. 21 *nonies*, operi entro tutto l'arco temporale dei diciotto mesi: in pratica, entro tale termine l'amministrazione procedente dovrà valutare se adottare o meno il provvedimento di annullamento d'ufficio, optando, fra tutte le possibili scelte, per quella più “ragionevole”. Ancora una volta emerge il rilevante ruolo del fattore temporale, di cui l'esercizio del potere

scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro. Inoltre, il sopraindicato onere motivazionale gravante sulla p.a. deve ritenersi attenuato in funzione della rilevanza degli interessi pubblici tutelati, potendo – nelle ipotesi di maggior rilievo – essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate. L'enunciazione del principio di diritto viene, poi, conclusa escludendo che la falsa prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole possa comportare per lo stesso privato una posizione di affidamento legittimo, con conseguente assolvimento dell'onere motivazionale da parte dell'amministrazione attraverso il documentato richiamo alla sopracitata falsa prospettazione²³.

discrezionale deve necessariamente tenere conto. Questo comporta che, se è trascorso un lungo lasso di tempo dall'emanazione del provvedimento illegittimo, tendenzialmente dovrebbe prevalere l'interesse a mantenere inalterato lo *status quo ante* e a tutelare l'affidamento creatosi. Invece, nel caso in cui la p.a. rilevi immediatamente l'illegittimità del provvedimento emanato o prima ancora che esso sia portato a esecuzione, la stessa p.a. può procedere all'annullamento d'ufficio senza dover valutare in modo approfondito interessi diversi dal mero ripristino della legalità. È evidente, pertanto, che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione stabilire se il termine è "ragionevole". Tuttavia, dal momento che tutto ciò introduce un elemento di incertezza sulla stabilità dei rapporti giuridici amministrativi, l'art. 6 della l. n. 124/2015 fissa, almeno per alcuni tipi di provvedimenti (quelli di autorizzazione o di attribuzioni di vantaggi economici), il termine in diciotto mesi. Inoltre, il principio di ragionevolezza richiede che il tempo venga misurato con criteri qualitativi e non quantitativi: infatti, questi ultimi possono indurre a ritenere un dato termine "ragionevole", quando invece non lo è (A. GUALDANI, *Il tempo nell'autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2017, p. 7). È ovvio che tale principio di ragionevolezza, essendo un criterio di esercizio del potere discrezionale, assume rilievo nell'ambito del sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi come figura sintomatica dell'eccesso di potere. È altrettanto ovvio che tutto quanto sopra riportato sia strettamente correlato, sul piano sistematico, sia ad un sostanziale superamento della tradizionale ricostruzione dell'annullamento d'ufficio della p.a. come potere tendenzialmente inesauribile sia al sopraindicato ridimensionamento di tale potere. Questo ridimensionamento, tuttavia, non può arrivare fino al punto di legittimare un'interpretazione favorevole ad un'applicazione retroattiva del citato termine di diciotto mesi, in quanto, proprio per evitare una limitazione irragionevole ed eccessiva del potere di annullamento d'ufficio della pubblica amministrazione, è preferibile ritenere che, rispetto ai provvedimenti illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, il termine dei diciotto mesi non possa che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione. Né tale ultimo specifico profilo può incidere negativamente sulla tutela dell'affidamento, che – anzi – risulta rafforzata dalla ridefinizione dei rapporti tra autotutela e S.C.I.A. con una più rigorosa delimitazione dei poteri inibitori e conformativi attribuiti all'amministrazione destinataria della segnalazione. Inequivocabilmente in tal senso è l'art. 19, comma 4, della l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 6, comma 1, lettera a, della l. n. 124 del 2015, secondo cui, decorso il termine ordinario (di cui al primo periodo del 3 comma) la p.a. può adottare i medesimi provvedimenti di inibizione e di conformazione in presenza delle condizioni previste dall'art. 22 *nonies*. È noto, poi, che l'art. 2, comma 4, lgs. n. 222/2016 ha precisato che i diciotto mesi iniziano a decorrere dalla data di scadenza del termine previsto per l'esercizio dei poteri ordinari di verifica da parte dell'amministrazione competente. Sul punto cfr. M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, cit., 215 ss.; M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, cit., 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei principi e l'evoluzione delle sue regole*, cit., 3 ss.; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2016; M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015.

²³ È opportuno accennare ai due contrapposti orientamenti che hanno portato alla sopraindicata sent. n. 8/2017 dell'Adunanza Plenaria. Un primo orientamento (Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341), relativamente ad un provvedimento di annullamento in autotutela di una concessione in sanatoria, si è schierato a favore della tesi

Fatta eccezione per quest'ultima specifica ipotesi, negli altri casi di ritiro tardivo in autotutela di un atto amministrativo illegittimo ma favorevole al proprietario, si viene comunque a creare un legittimo affidamento²⁴ in capo al privato beneficiario del citato atto e ciò giustifica la scelta del legislatore (art. 21 *nonies* l. 241/1990) di accentuare l'onere motivazionale che incombe sull'amministrazione.

secondo cui l'interesse pubblico alla rimozione attuale dell'atto non può coincidere con l'esigenza del mero ripristino della legalità violata e deve essere integrato da ragioni differenti. In particolare, è stato affermato che il potere di annullamento ha un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e due presupposti riferiti a concetti indeterminati, affidati all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione (la ragionevolezza del termine di adozione dell'atto; la sussistenza dell'interesse pubblico alla sua rimozione unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari). Pertanto, secondo tale orientamento deve ritenersi necessaria una congrua motivazione in ordine all'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto in relazione alla pregnanza e preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio di un titolo illegittimo: anzi, la consistenza dell'onere motivazionale non può non essere accentuata dalla presenza di un provvedimento, come quello in materia edilizia, destinato ad esaurirsi con l'adozione dell'atto permissivo, dove assume maggiore rilevanza l'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore rilevanza quello pubblico all'eliminazione di effetti che si sono prodotti in via definitiva: in questi termini si esprime la citata pronuncia di Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341. Nello stesso senso Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 816. Invece, l'orientamento giurisprudenziale contrapposto si pone nel senso che il provvedimento di annullamento di una concessione edilizia illegittima (soprattutto quando l'illegittimità è dipesa dalle prospettazioni non veritiere del privato) è in *re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata, in considerazione del carattere permanente della situazione *contra legem* e del conseguente poterdovere della p.a. di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita (Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691): solo quando l'esercizio dell'autotutela discenda da errori di valutazione dovuti all'amministrazione dovrebbe ritenersi necessaria la motivazione sulla comparazione degli interessi (Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691). In particolare, secondo tale orientamento, nel caso in cui il privato rappresenti una situazione dei luoghi difforme da quanto in realtà esistente e tale difformità costituisca un vizio di legittimità del titolo edilizio determinato dallo stesso soggetto richiedente, tale circostanza costituisce di per sé motivo sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento di ufficio del titolo medesimo, con la conseguente possibilità – in tale situazione – di prescindere, ai fini dell'autotutela, dal contemperamento con un interesse pubblico attuale e concreto.

²⁴ Il legittimo esercizio del potere di annullamento della p.a., oltre alla sussistenza di uno dei vizi di legittimità di cui al comma 1 dell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990, presuppone: a) un'adeguata motivazione; b) la presenza di concrete ragioni di interesse pubblico, non riconducibili alla mera esigenza di ripristino della legalità; c) la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione. Significativa, sotto tale ultimo profilo, è l'introduzione da parte della Riforma Madia di un termine perentorio di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici: cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, II Ed., 2016, p. 497. In pratica, prevedendo che la pubblica amministrazione (in virtù delle sopraccitate modifiche) possa agire entro un termine ragionevole e comunque non oltre i diciotto mesi, è stata introdotta una << nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo >>: così si esprime il Consiglio di Stato nel parere n. 839/2016 sullo schema di decreto legislativo in tema di SCIA, precisando anche che << il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati >>. In questo contesto non sembra revocabile in dubbio che il legislatore, inserendo nell'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990 un termine certo e (relativamente) breve entro cui la pubblica amministrazione possa annullare d'ufficio un provvedimento precedentemente adottato, di fatto abbia introdotto una vera e propria limitazione al potere discrezionale in capo alla p.a., con l'obiettivo di tutelare il principio del legittimo affidamento. Sul punto cfr. V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124 del 2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Federalismi*, 2015; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur.it.*, 2015, p. 2748

B) Nella seconda fattispecie, invece, manca del tutto – “a monte” dell’ordine di demolizione adottato ad una notevole distanza temporale dall’opera abusiva – un titolo edilizio o un provvedimento in sanatoria illegittimi: la sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 9/2017 sottolinea che in tale caso la mera inerzia da parte della p.a. nell’esercizio del potere repressivo non solo non può rendere lecito ciò che (il manufatto *sine titulo*) è illecito sin dall’origine, ma anche non può determinare un legittimo affidamento in capo ad un soggetto privo di qualsivoglia atto amministrativo favorevole, idoneo a ingenerare un’aspettativa giuridicamente qualificata. In altre parole, secondo la succitata pronuncia, non si possano estendere ad un fenomeno evidentemente *contra ius* (l’abuso edilizio) tutte quelle prerogative che, in tema di valutazione dell’interesse pubblico, sono state previste per la diversa ipotesi dell’autotutela decisoria. Né si può ricollegare all’inerzia dell’amministrazione, serbata per un periodo

ss.; F. FRANCIANO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell’art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi*, 2015; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 634. Secondo T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 07/03/2017, n. 3204, il primo comma dell’art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990 conferma la dimensione tipicamente discrezionale dell’annullamento d’ufficio dell’atto amministrativo che, rifuggendo da ogni automatismo, deve essere espressione di una congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, dei quali occorre dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di ritiro. Pertanto, ogni qualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo stesso, l’esercizio del potere di autotutela rimane subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto, attuale all’annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e comunque prevalente sull’interesse del privato alla conservazione del titolo legittimo. Viceversa, solo quando non sia ingenerato alcun legittimo affidamento nel destinatario del titolo abilitativo (poiché, ad esempio, l’annullamento d’ufficio interviene a breve distanza di tempo dal rilascio del titolo illegittimo), non è necessaria una penetrante motivazione sull’interesse pubblico, né una comparazione di tale interesse con l’interesse privato sacrificato, posto che in tali casi l’interesse pubblico all’annullamento può considerarsi *in re ipsa*. In senso contrario si veda T.A.R. Napoli, sez. III, 07/11/2016, n. 5141 secondo cui nel caso in cui un titolo edilizio è stato ottenuto sulla base di una non fedele rappresentazione della realtà dei luoghi negli elaborati progettuali prodotti a corredo dell’istanza di rilascio del titolo stesso, l’amministrazione può procedere all’annullamento d’ufficio senza esternare alcuna particolare ragione di interesse pubblico e senza tenere conto dell’affidamento ingeneratosi nel privato, non potendo quest’ultimo fondare alcun legittimo affidamento in ordine alla persistenza di un titolo ottenuto attraverso l’induzione in errore dell’ente pubblico. Secondo N. M. D’ALESSANDRO, *DIA e SCLIA: evoluzione storico – normativa alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia)*, in *La voce del diritto*, 2016, << viene, così, rinforzata la stabilità dell’efficacia degli atti amministrativi, senza che ciò vada a scapito o detrimento della garanzia di legittimità degli stessi, rimanendo ferma ed impregiudicata la possibilità di tutela giurisdizionale. La norma tende a stabilizzare l’efficacia dell’atto amministrativo in ragione della certezza dei rapporti giuridici laddove questo - tra gli atti dei pubblici poteri - è sempre stato quello più debole sotto questo profilo: subordinato alla legge, annullabile dal giudice, annullabile e modificabile dalla stessa autorità amministrativa >>. N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d’ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi*, 2017, rileva che il legislatore del 2015 << intervenendo sulla norma che disciplina l’annullamento d’ufficio, ha esplicitamente tenuto conto di tale principio, limitando temporalmente il potere di annullamento, nel caso di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, al fine di parametrare, nel massimo dei diciotto mesi, il tempo ragionevole entro cui l’amministrazione possa aggredire il provvedimento già esistente >>. Inoltre, S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi*, 2016, p. 7, sottolinea che << il Consiglio di Stato, nel recentissimo parere reso sullo schema di decreto legislativo attuativo della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (di cui all’art. 5 della l.n.124 del 2015)15, ha ravvisato nella modifica dell’art.21 *nonies* l’introduzione di una “nuova regola generale” che impronta alla certezza il rapporto tra potere pubblico e privati. Certezza dei rapporti, in tale contesto, significa immodificabilità dell’assetto consolidato nel tempo e prevalenza dell’affidamento >>.

considerevolmente lungo, la sostanziale perdita del potere della p.a. di reprimere gli abusi edilizi²⁵: se sul carattere doveroso dell'esercizio di tale potere repressivo non può avere alcuna incidenza il decorso del tempo, deve necessariamente negarsi la possibilità che l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (pur se tardivamente adottata) debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata.

Ciò induce la Plenaria a ritenere – nella fattispecie in esame – adeguata la motivazione (dell'ordine di demolizione) incentrata sul solo richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento, senza dover soddisfare ulteriori oneri motivazionali²⁶.

Inoltre, il carattere reale²⁷ e la natura ripristinatoria del provvedimento demolitorio comportano, secondo l'Adunanza Plenaria, l'impossibilità di imporre all'amministrazione un peculiare onere motivazionale anche nell'ipotesi in cui l'attuale proprietario dell'immobile non sia responsabile dell'abuso e non sia individuabile nella cessione dell'opera abusiva alcun intento elusivo.

Allo stesso modo viene esclusa la possibilità che lo stato soggettivo di buona fede e di affidamento dell'avente causa incida sulla consistenza della citata motivazione.

4. Rilievi critici sulla consistenza dell'onere motivazionale: a) Premessa.

È opportuno rilevare che pure in relazione all'onere motivazionale occorre fare un netto distinguo tra due citate ipotesi: quella in cui l'ordine di demolizione tardivamente adottato sia privo, “a monte”, di un titolo edilizio o di un provvedimento di sanatoria illegittimi e quella in cui questi ultimi preesistano al

²⁵ A sostegno di quanto riportato nel testo, la sentenza n. 9/2017 dell'Adunanza Plenaria richiama, tra l'altro, il terzo periodo del comma 4 *bis* dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001 (per come introdotto dal comma 1, lett. q *bis*), dell'art. 17 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133), secondo cui << la mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente >>.

²⁶ L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 esclude che il provvedimento di demolizione debba motivare in ordine a un ipotetico interesse del privato alla permanenza *in loco* dell'opera ed esclude anche che nell'ambito in esame possa avere rilevanza il richiamo alla figura (ambigua e controversa) dell'interesse pubblico *in re ipsa*. Ciò sia in considerazione del summenzionato carattere sanzionatorio e doveroso del provvedimento demolitorio sia perché la ponderazione dei sottesi interessi è fatta a monte dallo stesso legislatore (attraverso la previsione dell'inevitabile demolizione), esonerando la p.a. da tale ponderazione di interessi.

²⁷ Il provvedimento di demolizione prescinde dall'attuale possesso del bene e dalla coincidenza del proprietario con l'autore della violazione edilizia. In effetti, l'abusività dell'opera costituisce una connotazione di natura reale, in quanto “segue” l'immobile anche nei successivi trasferimenti del medesimo. Diversamente opinando, sarebbe sufficiente l'alienazione dell'immobile abusivo, successivamente alla perpetrazione dell'abuso, per eludere le esigenze di tutela dell'ordinato sviluppo del territorio. Tuttavia, come si cercherà più avanti di dimostrare, nell'ipotesi di ordine di demolizione adottato a seguito di annullamento di titolo edilizio o sanatoria illegittimi, l'acquirente, che risulti – in buona fede – ignaro dell'abusività dell'immobile alienato, può venire a trovarsi nelle condizioni per invocare la tutela dell'affidamento, soprattutto se, oltre al decorso del fattore tempo indicato in precedenza, si sia in presenza di una precedente attività della p.a. che avesse, anche implicitamente, preso in considerazione l'opera abusiva.

tardivo provvedimento demolitorio, dove il problema della consistenza della motivazione evidentemente riguarda *in primis* il presupposto dell'ordine di demolizione e cioè il provvedimento illegittimo "a monte".

b) L'ipotesi di tardivo ordine di demolizione privo, "a monte", di titolo edilizio illegittimo.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, le conclusioni cui giunge la sentenza n. 9/20017 dell'Adunanza Plenaria risultano essere solo in parte condivisibili.

Un dato di indubbio rilievo che immediatamente si coglie dalla disamina della pronuncia in esame è la totale assenza di riferimento, anche indiretto, alla precedente pronuncia n. 13/1983 sempre dell'Adunanza Plenaria intervenuta sulla stessa materia in esame²⁸.

Invece, il doveroso rispetto della delicata funzione ricoperta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e l'indiscutibile prestigio che deve essere riconosciuto indistintamente a tutti i "precedenti" della stessa Adunanza Plenaria avrebbero dovuto indurre la sentenza n. 9/2017 non solo a fare espresso riferimento alla pronuncia n. 12/1983, ma anche ad indicarne analiticamente le ragioni del superamento. In particolare, avrebbero dovuto indurre a richiamare in modo esplicito le specifiche ipotesi in cui la pronuncia n. 12/1983 ha ritenuto necessaria una dettagliata motivazione per l'ordine di demolizione privo, "a monte", di un titolo edilizio o di un provvedimento di sanatoria e a confutarle con adeguate argomentazioni. Ciò è ancor più convincente se si considera che, sotto il profilo dell'onere motivazionale, i "casi-limite" richiamati dalla sentenza n. 9/2017 sembrano essere più pregnanti rispetto alle ipotesi previste dalla precedente pronuncia n. 12/1983.

In tale contesto la sentenza n. 9/2017 appare condivisibile unicamente quando, in ordine ai "casi-tipo", limita l'onere motivazionale della p.a. alla indicazione dell'accertata abusività dell'opera. Invece, in ordine ai "casi-limite" richiamati in precedenza, sembra meritevole di accoglimento la differente tesi avallata dalla sentenza n. 12/1983 dell'Adunanza Plenaria.

Tale ricostruzione trova ulteriore conforto nel fatto che la crescente sensibilità mostrata (soprattutto di recente) dal legislatore per l'accentuazione dell'onere motivazionale²⁹, sembra indurre, anche nell'ottica

²⁸ Sul ruolo della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria nel sistema delle fonti cfr. R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017.

²⁹ È noto che l'annullamento d'ufficio disciplinato dall'art. 21 *nonies*, primo comma, l. n. 241/1990 ha subito, soprattutto sotto il profilo della rilevanza del fattore temporale, profondi cambiamenti per effetto di recenti riforme, che hanno portato ad accentuare gli aspetti attinenti all'onere motivazionale che grava sull'amministrazione. Infatti, l'art. 25, comma 1, lettera b *quater*, del decreto-legge n. 133 del 2014, convertito nella legge n. 164/2014, ha modificato l'art. 21 *nonies*, escludendo la possibilità di procedere ad annullamento d'ufficio nei casi di provvedimenti già non annullabili dal giudice amministrativo nella ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 21 *octies*, comma 2. La successiva legge n. 124 del 2015 ha introdotto due ulteriori elementi di novità: a) la fissazione del termine massimo di diciotto mesi per la valida adozione dell'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici; b) la previsione, con il comma aggiunto 2 *bis*, della possibilità di

di una nuova e più moderna dimensione del rapporto tra cittadino e p.a.³⁰, a valorizzare questa linea di tendenza legislativa, sebbene afferente allo specifico ambito dell'autotutela, e ad estendere nel contesto in esame la sopraindicata accentuazione dell'onere motivazionale almeno ai soli citati eccezionali “casi-limite”.

Del resto, l'obbligo di una specifica motivazione non deve far pensare necessariamente ad un atto discrezionale, in quanto non è detto che un atto vincolato non possa necessitare di articolata motivazione.

Insomma, sulla base di quanto sopra accennato sembra si possa fondatamente sostenere che non sarebbe stata impropria una conferma del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 12/1983 relativamente al tardivo provvedimento demolitorio.

Invece, la sentenza n. 9/2017, omettendo del tutto qualsiasi riferimento alla puntuale elaborazione effettuata dalla pronuncia n. 12/1983 in merito alla problematica in esame, ha fatto una decisa virata rispetto a questo precedente orientamento ed è in definitiva approdata ad una posizione di rigido ridimensionamento della consistenza dell'onere motivazionale anche in relazione a casi davvero marginali, che sembrano meritare una differente considerazione.

c) Effetti sull'abusivismo edilizio.

Questo “approdo” giurisprudenziale – che sembra essere espressione di un non condivisibile atteggiamento di deferenza nei confronti dell'autorità e del potere amministrativo – non può essere valutato negativamente sotto il profilo del contrasto al deprecabile fenomeno dell'abusivismo edilizio. Anzi, un contributo in quest'ultimo senso può provenire proprio da un'accentuazione dell'onere motivazionale in esame per i citati “casi-limite”: infatti, tale accentuazione può attivare un virtuoso

annullare, anche dopo quel termine, i provvedimenti ottenuti sulla base di dichiarazioni false, ma solo quando la falsità è stata accertata in sede penale con sentenza passata in giudicato: sul punto cfr. M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, cit., 215 ss.; M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, cit., 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei principi e l'evoluzione delle sue regole*, cit., 3 ss.; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2016; M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015. Dalle sopraindicate riforme si coglie una tendenza legislativa al ridimensionamento del potere di annullamento d'ufficio della p.a. in vista di una maggiore certezza delle situazioni giuridiche soggettive. In effetti, dalla specifica funzione del potere in esame (di riesaminare le situazioni di fatto e di diritto poste alla base di un dato provvedimento amministrativo) e dalla collocazione dello stesso potere nell'ambito dell'istituto dell'autotutela decisoria si evince come l'annullamento d'ufficio della p.a. risulti essere diretta esplicazione del potere discrezionale, in base al quale l'amministrazione ha la facoltà di destrutturare un provvedimento amministrativo adottato in precedenza, qualora ne ricorrono le condizioni di legge.

³⁰ In merito una qualche incidenza si può cogliere anche dalle più recenti acquisizioni in tema di diritto sociale all'abitare: cfr. E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, Napoli, 2017, 3 ss.

meccanismo e portare ad un'intensificazione della doverosa attività di controllo da parte della p.a. in ambito urbanistico-edilizio. Invece, una dequotazione – nell'ambito in esame – della struttura motivazionale può concretamente comportare un pericoloso fenomeno di deresponsabilizzazione dell'autorità deputata alla repressione dell'abusivismo edilizio³¹.

Va posto bene in evidenza che col sopraindicato orientamento non si tratta assolutamente di coonestare interventi che *ab origine* sono e rimangono indiscutibilmente illeciti: si tratta solo di potenziare l'apparato motivazionale unicamente nei rari ed eccezionali casi di ordine di demolizione emesso, come nel fattispecie concreta esaminata dall'Adunanza Plenaria n. 9/2017, in riferimento ad un'opera abusiva realizzata in epoca molto risalente e da soggetto diverso dall'attuale proprietario che giammai ha assunto un atteggiamento elusivo dell'onere di ripristino.

d) L'ipotesi di tardivo ordine di demolizione caratterizzato da un preesistente titolo edilizio illegittimo.

In merito alla seconda ipotesi indicata all'inizio di questo paragrafo (cioè quella in cui il tardivo ordine di demolizione consegue all'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio o di un provvedimento in sanatoria illegittimi), il Consiglio di Stato – prima ancora dell'Adunanza Plenaria n. 8/2017 – in più circostanze ha evidenziato, ai fini dell'annullamento d'ufficio di un atto favorevole, la necessità di esplicitare in modo articolato le ragioni di interesse generale che impongono l'eliminazione dell'atto invalido: ciò deve fondarsi sulla chiara esemplificazione degli effetti concreti che si assumono contrastanti con i valori tutelati dall'ordine legale infranto, non in base a come sono astrattamente

³¹ AA.VV., *Testo Unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2015; AA.VV., *Ecomafia 2009. Le storie e i numeri della criminalità ambientale*, Milano, 2009; BARBUTO, *Reati edilizi e urbanistici*, Torino, 1995; BRESCIANO, PADALINO MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, 2000; CENTOFANTI, MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, 2000; CENTOFANTI, MONDINI, *Il codice dell'edilizia, dell'urbanistica e delle espropriazioni*, Piacenza, 2004; CIVITARESE MATTEUCCI, URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004; D'ANGELO N., *Vigilanza, sanzioni e sanatorie nell'edilizia*, Rimini, 2006; D'ANGELO G., D'ANGELO N., *Abusi e reati edilizi*, Rimini, 2011; *edilizie ed espropri: testi unici e semplificazioni semplificate*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, p. 115; FERRETTI, *Reati edilizi. Aspetti normativi e sanzionatori*, 2012; FIALE A., FIALE E., *Abusi edilizi, sanzioni*, Napoli, 2012; FIALE A., FIALE E., *Diritto urbanistico*, Milano, 2015; FIALE A., *Diritto urbanistico*, Napoli, 2015; LAURICELLA, MARABINI, *Il permesso di costruire*, Padova, 2004; LOMBARDO S., LOMBARDO G., *I poteri del sindaco in materia urbanistica*, Rimini, 1992; LUCIANI, *Il sistema delle fonti nel testo unico dell'edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, p. 3; MACCABIANI, *I titoli abilitativi in edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001) e la relativa competenza legislativa nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, p. 173; MELCHIONDA, *La disciplina penale degli abusi edilizi. Profili generali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 100; MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003; MONACO (a cura di), *Il nuovo testo unico in materia di edilizia*, Napoli, 2003; MONTALDO, *Interventi sul patrimonio edilizio esistente e titolo abilitativo*, in *Quad. reg.*, 1988, p. 1563; PALOMBELLA, *I titoli abilitativi delle opere edili: Concessione, autorizzazione e Dia*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 16, p. 52; RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2017; STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in edilizia (Commento al T.U. in materia di edilizia)*, Torino, 2003; STELLA RICHTER, *La nozione di governo del territorio dopo la riforma dell'art. 117 Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2003, 4, 107; TRICOMI, *La disciplina per il superamento delle barriere architettoniche negli edifici in condominio*, in *App. urb. ed.*, 1995, p. 431; TRICOMI, *Trasformazione edilizia e urbanistica del territorio e concessione edilizia*, in *App. urb. ed.*, 1996, p. 37.

considerati dalla disciplina normativa ma in base a come in concreto si pongono nello specifico contesto empirico.

Quindi, nelle ipotesi di annullamento di un titolo edilizio o di un provvedimento in sanatoria illegittimi, l'esercizio del potere di autotutela intervenuto a notevole distanza di tempo dall'acquisizione (da parte del privato) del titolo illegittimo comporta la tardività dell'intervento correttivo ed impone, a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari circa il consolidamento della loro efficacia, una puntuale motivazione circa l'apprezzamento degli interessi del destinatario dell'atto, in relazione alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo.

È questo l'orientamento recepito dall'Adunanza Plenaria con la sopraindicata sentenza n. 8/2017.

Bisogna, però, precisare che non può ritenersi assolto l'obbligo motivazionale tutte le volte in cui l'amministrazione pubblica si limiti a richiamare in modo tautologico gli interessi sottesi alla disposizione normativa la cui violazione avrebbe integrato l'illegittimità dell'atto oggetto del procedimento di autotutela.

Diversamente opinando, si verrebbe a determinare un'improponibile situazione di coincidenza del presupposto vincolante, consistente nell'invalidità del provvedimento originario, con l'ulteriore e diversa condizione (secondo l'assetto regolativo di riferimento) della sussistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione d'ufficio.

Ciò comporterebbe una sostanziale disapplicazione di quella parte del precetto che esige la ricorrenza dell'ulteriore (rispetto all'illegittimità dell'atto originario) condizione della ricorrenza dell'interesse pubblico attuale alla rimozione del provvedimento viziato e dei suoi effetti.

Un corretto inquadramento della problematica in esame impone l'esclusione di una sostanziale riconduzione dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto viziato sia alla mera esigenza della restituzione all'azione amministrativa della legalità violata, sia alla semplice e astratta ripetizione delle stesse esigenze regolative sottese all'ordine giuridico infranto.

Solo in questo modo è possibile evitare di tradire la chiara volontà del legislatore e scongiurare il rischio di una motivazione che limiti l'apprezzamento del presupposto discrezionale ad un esame nel mero riscontro della condizione vincolante (l'illegittimità dell'atto da annullare d'ufficio).

Le considerazioni fatte fino a questo punto inducono a ritenere che anche nei rari ed eccezionali "casi-limite" indicati in precedenza non sembra possa dubitarsi non solo della necessità di un articolato onere motivazionale per il relativo provvedimento demolitorio, ma anche dell'impossibilità di evitare l'abbattimento dell'opera abusiva.

In relazione a tale ultimo aspetto non si può non rilevare che ammettere l'incondivisibile tesi della estinzione di un abuso edilizio per il mero decorso di un lungo periodo di tempo significherebbe

costruire una sorta di sanatoria di fatto, che opererebbe non solo senza necessità di versare la relativa oblazione ma anche quando l'interessato non abbia ritenuto di avvalersi della normativa condonistica³². Tutto ciò, poi, creerebbe la pericolosa situazione dell'attribuzione all'apprezzamento del singolo funzionario comunale sulla scelta in ordine alla repressione dell'abuso.

Più in generale, in considerazione della peculiare natura giuridica dell'ordine di demolizione in esame, deve escludersi che tale provvedimento possa estinguersi per effetto del decorso del tempo, a differenza di quanto accade – sulla base di un'interpretazione estensiva degli artt. 6 e 7 CEDU – per i provvedimenti sanzionatori che hanno funzione punitiva. L'insensibilità al decorso del tempo comporta l'inapplicabilità della prescrizione quinquennale prevista per le sanzioni amministrative dall'art. 28 della l. n. 689/81, in quanto tale norma riguarda sanzioni pecuniarie con finalità punitive³³.

Tale impostazione risulta essere in armonia anche con le norme CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Infatti, dalle argomentazioni svolte dalla Corte Europea con la sentenza 20 gennaio 2009, nel caso *Sud Fondi c/ Italia* si evince che la demolizione, a differenza della confisca, non può considerarsi una << pena >> nemmeno ai sensi dell'art. 7 della CEDU, in quanto essa tende alla riparazione effettiva di un danno e non è rivolta nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni previste dalla legge. In particolare, se è vero che la Corte di Strasburgo ha ritenuto ingiustificata, rispetto allo scopo perseguito dalla norma (cioè mettere i terreni interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche), la confisca – anche di terreni non

³² CORSETTI, *Accertamento di conformità, Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015; CIAGLIA, *Nuovi strumenti di repressione dell'abusivismo edilizio (nota a T.A.R. Campania, sez. II, 7 febbraio 2005 n. 875)*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, p. 385; DAMONTE, *In margine ai rapporti tra condono e agibilità alla luce della giurisprudenza amministrativa e del nuovo testo unico sull'edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, p. 183 ss.; GIGANTE, *Territorio, sulle aree protette spunta un nuovo condono*, in *Guida en. loc.*, 2005, 6, p. 58; GRACILLI, MELE, *Condono, ecco tutte le modifiche*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 29, p. 26 ss.; GRACILLI, MELE, *Il condono tra Stato e Regioni*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 14, p. 114 ss.; GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità della c.d. «sanatoria giurisprudenziale» (e dei suoi intrecci con il condono edilizio)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, p. 161 ss.; GUIZZI, *Dall'abusivismo ai condoni, all'abusivismo di ritorno. Necessità di modifiche della l. n. 47 del 1985 e della l. n. 724 del 1994*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, p. 7 ss.; LARONGA, *Condono: insidie e opportunità*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 17, p. 90 ss.; MARI, *Silenziò-assenso e permessi in sanatoria: i poteri di disapplicazione del giudice*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 17, p. 74 ss.; MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003; NATALINI, *Abusi edilizi e abusi... di condoni, scatta il timer della Consulta*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 14, p. 58 ss.; NATALINI, *Condono edilizio «libera tutti» anche se c'è ordine di demolizione*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 9, p. 14 ss.; NATALINI, *Sanatoria, l'ultima parola va al giudice e la legittimità dell'atto è sindacabile*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 42, p. 82 ss.; PEZZELLA, *Condono edilizio e giudizio penale: molti i problemi applicativi*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 42, p. 87 ss.; PEZZELLA, *Condono edilizio: si avvicina una sentenza d'incostituzionalità?*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 8, p. 106 ss.; PEZZELLA, *Il condono edilizio Regione per Regione: gli abusi sanabili e le nuove sanzioni*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 45, p. 54 ss.; SALVIA, TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002; SAPORITO, *Condono ambientale: per gli interventi abusivi necessario il coordinamento con le norme edilizie*, in *Guida dir.*, 2005, n. 8, p. 11; STELLA RICHTER, IAIONE, *Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla DLA e accertamento di conformità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015; TODERO, *Note critiche in tema di qualificazione delle ordinanze di demolizione emesse in pendenza dei termini per la richiesta di condono*, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 255; VINTI, *La sanatoria degli abusi edilizi in assenza della cd. doppia conformità. Contraddizioni del sistema e proposte*, in *Riv. giur. urb.*, 1995.

³³ Cfr. Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2003, n. 16537, Filippi, Rv. 227176.

edificati – in assenza di qualsiasi risarcimento, ha invece espressamente ritenuto giustificato e conforme anche alle norme CEDU un provvedimento di demolizione delle opere abusive, incompatibili con le disposizioni degli strumenti urbanistici, accompagnato da una dichiarazione di inefficacia dei titoli abilitativi illegittimi “a monte”³⁴. Tale ultima ipotesi è evidentemente diversa dai succitati eccezionali “casi-limite”, non valutati – neanche indirettamente – dalla Corte Europea.

5. La tutela dell'affidamento del privato: spunti ricostruttivi.

Nell'ambito in esame, per un corretto inquadramento della problematica relativa alla tutela dell'affidamento del privato occorre distinguere, analogamente a quanto fatto in precedenza per i profili attinenti all'onere motivazionale, tra l'ordine tardivo di demolizione adottato a seguito di annullamento di titolo edilizio illegittimo e ordine tardivo di demolizione privo di preesistente titolo edilizio. In questo ultimo caso, coerentemente con quanto sostenuto in merito alla consistenza della motivazione del

³⁴ Tuttavia, un diverso orientamento è arrivato a sostenere, in relazione specificamente all'ordine di demolizione di cui al comma 9 dell'art. 31 TUE, la possibilità che tale provvedimento si estingue per il decorso del tempo. Infatti, con ordinanza del 3 novembre 2014 il Tribunale di Asti, quale giudice dell'esecuzione, ha dichiarato << l'estinzione per decorso del tempo >> dell'ordine di demolizione emesso con la sentenza n. 354 del 14 marzo 2003 dello stesso Tribunale di Asti, irrevocabile il 5 luglio 2006. Tale ordinanza, attraverso un diffuso richiamo alla giurisprudenza comunitaria, si è discostata dal prevalente indirizzo giurisprudenziale. In particolare, il sopraindicato Tribunale definisce questo indirizzo non solo << approccio ermeneutico di limitatissimo profilo sistematico... che peraltro, a lungo utilizzato in termini identici in materia di confisca ex art. 44 d.P.R. 380/01, ha reso l'Italia (giustamente) pluricondannata in sede europea >>, ma anche << assunto vacuo, del tutto privo di argomentazione nel suo essere fondato sulla ragione, meramente formale, della qualificazione legislativa dell'ordine di demolizione quale sanzione amministrativa accessoria >>. A tali conclusioni si arriva facendo leva su quella giurisprudenza comunitaria secondo la quale l'ambito di operatività degli artt. 6 e 7 CEDU è più esteso di quello riferibile ai reati ed alle pene nella loro formale qualificazione ad opera del diritto interno e riguarda ogni altra misura obiettivamente qualificabile come pena. In effetti, questa qualificazione andrebbe effettuata (cfr. Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976; Corte EDU, Ozturk c. Repubblica federale tedesca, 21 febbraio 1984). attraverso tre criteri: la qualificazione giuridica del provvedimento contestato nel diritto nazionale (cui, peraltro, viene attribuito valore relativo, non dirimente), la natura stessa di quest'ultimo e la natura e la gravità della << sanzione >>, criteri ritenuti peraltro alternativi e non cumulativi. Tutto quanto sopra accennato induce l'orientamento in esame a ritenere che l'ordine di demolizione dell'immobile abusivo, pertinente all'accertamento di un fatto di reato ed emesso dall'autorità giurisdizionale penale all'esito di un processo penale, rappresenti una sanzione di particolare gravità, imposta per finalità eminentemente repressive, poiché è comunque ordinata << se ancora non sia stata altrimenti eseguita >>: tale carattere punitivo sussisterebbe a prescindere da eventuali ed opposte valutazioni dell'autorità amministrativa in ordine al manufatto abusivo. Questa ricostruzione, però, non è in grado di superare le argomentazioni sviluppate nel testo e, in ogni caso, non tiene nel dovuto conto il complessivo sistema predisposto dalla vigente normativa urbanistica in relazione alla demolizione degli immobili abusivi. Infatti, tale normativa prevede un provvedimento demolitorio che presenta i seguenti principali caratteri: presuppone la presenza sul territorio di un immobile abusivo, perché eseguito in assenza di titolo abilitativo o in difformità dalle norme urbanistiche o dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici; prescinde da qualsivoglia accertamento di responsabilità; riguarda esclusivamente l'immobile ed ha, quale unico scopo, la rimozione dell'opera abusiva con il contestuale ripristino dell'originario stato del territorio. Secondo M. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica Amministrazione e legittimo affidamento del privato*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, I, è possibile ammettere per il privato leso da una misura ripristinatoria disposta a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'abuso una tutela di tipo risarcitorio per la lesione del legittimo affidamento alla conservazione di quella situazione.

provvedimento demolitorio, soltanto per i succitati eccezionali “casi-limite” sembra porsi il problema della tutela dell’affidamento. Invece, tale ultimo problema si pone senza alcun distinguo in relazione al primo dei due sopraindicati casi.

Ai fini della tutela dell’affidamento, è opportuno anzitutto sottoporre ad attento esame sia la condotta del privato sia quella dell’amministrazione. In relazione a quest’ultima bisogna, in particolare, verificare se la p.a. effettivamente abbia tenuto una condotta qualificabile come tolleranza dell’esistenza dell’opera o se tale condotta si sia estrinsecata in atti incompatibili³⁵ con la volontà (poi manifestata) di reprimere l’abuso.

Per quanto riguarda, poi, la condotta del privato, deve ritenersi necessario accertare se il proprietario del manufatto destinatario del provvedimento di demolizione non solo non sia, per ipotesi, responsabile dell’abuso, ma anche se non abbia operato al fine di eludere l’esercizio dei poteri repressivi della p.a.

Qualora la disamina dei sopraindicati profili dia esito positivo, non sembra dubitabile la sussistenza di un incolpevole affidamento del privato³⁶.

³⁵ È opportuno sottolineare che la pubblica amministrazione è tenuta ad agire secondo la logica della non contraddizione, nel senso che, se sussistono concrete ragioni per adottare un atto non coerente con una pregressa determinazione amministrativa, vi deve essere una puntuale ed articolata motivazione. Non sembra, quindi, possa negarsi la tutela dell’affidamento del privato quando, oltre al decorso del fattore temporale, sussista anche il mancato rispetto del dovere di coerenza che deve caratterizzare l’azione amministrativa. T.A.R. Umbria, sez. I, 21 gennaio, 2010 n. 23, in *www.giustizia-amministrativa.it* nonché in *Foro amm.* -T.A.R., 2010, 131, sottolinea, in relazione al profilo esaminato nel testo, che l’opera abusiva << deve essere stata ritenuta, anche implicitamente, regolare dalla stessa amministrazione in occasione dell’esame di precedenti pratiche edilizia, di attività di vigilanza sul territorio o di altre attività amministrative >>. A. AULETTA, *Considerazioni intorno al c.d. affidamento del responsabile dell’abuso ed all’operazione qualificatoria del fatto nel caso di intempestivo esercizio del poter sanzionatorio in materia edilizia (a margine di T.A.R. Umbria, sez. I, 21 gennaio 2010, n.23, in Riv. giur. ed., 2010, II, 235, sottolinea la profonda differenza << tra il caso in cui l’affidamento del privato riposi sul mero decorso di un ragguardevole lasso di tempo dalla commissione dell’abuso e quello in cui la fiducia del cittadino nell’apparenza sia alimentata, oltre che dal fattore temporale, dal mancato rispetto del dovere di coerenza che incombe sulla pubblica amministrazione >>.)*

³⁶ S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005; A. AULETTA, *Considerazioni intorno al c.d. affidamento del responsabile dell’abuso ed all’operazione qualificatoria del fatto nel caso di intempestivo esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia*, cit., 223; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2012; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Principio di obbligatorietà*, in *AA.VV., Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, Milano, 2014, 3 ss.; R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione e tutela dell’affidamento*, in *Urb. e app.*, 2003, 566; 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 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.; D.U. GALETTA, *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.; M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2012, 133; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento del cittadino tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; 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 *Riv. giur. ed.*, 2015, n. 3, I, 419 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir.pubb. com.*, 2007, 1223; V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, II, 148; F.

In tale ipotesi di esito positivo, sembra essere altrettanto indubitabile, proprio per un'elementare esigenza di tutela dell'affidamento, da un lato che il decorso del notevole lasso di tempo non possa portare ad una sanatoria di fatto dell'opera abusiva, dall'altro lato che si debbano specificamente indicare le ragioni di pubblico interesse per le quali a distanza di un lungo lasso temporale si ritenga di sacrificare i contrapposti interessi privati (v. par. 4).

A ciò deve aggiungersi che non sembra destituito di fondamento sostenere che la citata tutela dell'affidamento, relativamente alle situazioni accennate in precedenza, non si debba limitare unicamente ad imporre un articolato onere motivazionale, ma possa spingersi più avanti.

A tal fine è opportuno partire dalla considerazione che, nell'ambito del complessivo sistema sanzionatorio urbanistico-edilizio, sussiste un principio generale per cui il proprietario del bene oggetto dell'abuso edilizio, se non abbia contribuito alla realizzazione dell'abuso stesso, non può di certo impedire l'esecuzione dei provvedimenti sanzionatori vincolati relativi al proprio bene, ma al contempo ha diritto ad una tutela risarcitoria esercitabile nei confronti dell'autore del citato abuso³⁷. La giurisprudenza, infatti, è costante nell'affermare che, ai fini dell'esecuzione di un sequestro di un immobile abusivamente realizzato, non produce effetti preclusivi la circostanza che l'autore dell'illecito

MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni “trenta all’alternanza”*, Milano, 2001; V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, 1998; F. RONCAROLO, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1278 ss.; F.G. SCOCA, *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; M.C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell’operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato*, cit., I, 2015, 753 ss.; P.M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi*, Padova, 2012, 48; P.M. VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017.

³⁷ Afferma P. OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela della sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 592 ss., che per poter riconoscere un “affidamento” meritevole di tutela bisogna dare rilievo << al consolidamento delle situazioni di fatto per effetto del decorso del tempo, ai comportamenti tenuti dalle parti ed in particolare all’inerzia della P.A (che abbiamo connotato come “significativa” e che in talune pronunce è definita “colpevole”) quando l’amministrazione abbia omissso di adottare tempestivamente la misura nonostante la conoscenza o la concreta conoscibilità dell’avvenuta commissione dell’illecito. A tale conclusione a maggior ragione dovrà pervenirsi quando sia lo stato destinatario della misura a portare a conoscenza dell’amministrazione la realizzazione dell’intervento (senza che essa ne abbia dichiarato mai l’illegittimità) ovvero quando questi, confidando nel perdurare dell’atteggiamento di tolleranza tenuto dall’Autorità, utilizzi l’immobile abusivo (per esempio come abitazione o ai fini commerciali o industriali) >>. Ad avviso di F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, intervento al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 24 ottobre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it, l’affidamento legittimo e ragionevole è espressione di un principio che <<impone al soggetto pubblico che voglia allungare le sue 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 lasso temporale >>.

edilizio sia soggetto diverso dal proprietario, il quale può solo attivare una tutela risarcitoria nei confronti del primo, ma non può impedire l'esecuzione del succitato provvedimento³⁸.

Anche in relazione all'ordine di demolizione si è consolidato un analogo principio: infatti, la Corte di Cassazione è costante nell'affermare non solo che il provvedimento demolitorio non può trovare alcun ostacolo nell'alienazione del manufatto abusivo a terzi, ma anche che all'acquirente, se estraneo all'abuso, deve essere riconosciuto il diritto di rivalersi in sede risarcitoria nei confronti del venditore a seguito dell'avvenuta demolizione³⁹.

Bisogna ora verificare se, oltre alla tutela risarcitoria dell'affidamento del privato nei confronti del responsabile dell'abuso, sia configurabile pure una tutela dell'affidamento del privato nei confronti della p.a.

Ebbene, sembrano sussistere spazi per arrivare ad ammettere anche tale forma di tutela soprattutto nei casi in cui l'azione amministrativa si sia concretizzata in provvedimenti incompatibili con l'intento (poi attuato) di eliminare l'abuso. In particolare, non sembra destituito di fondamento il fatto che al privato possa essere riconosciuta nei confronti dell'amministrazione la tutela dell'affidamento nelle eccezionali ipotesi in cui il proprietario dell'opera interessata dal tardivo provvedimento di demolizione non sia il responsabile dell'abuso edilizio e non abbia posto in essere alcunché per eludere l'esercizio dei poteri repressivi dell'amministrazione.

Del resto, alcun dubbio può porsi sulla tutela del legittimo affidamento⁴⁰ relativamente alla situazione in cui, a seguito di ritiro dovuto ad annullamento in sede di autotutela (o in sede giurisdizionale), venga a mancare un provvedimento attributivo di vantaggi economici (come, appunto, il titolo edilizio) su cui il privato abbia fatto legittimo affidamento⁴¹.

³⁸ Cfr. Cass., sez. III, 19 maggio 2011 (ud. 14 aprile 2011), n. 19736, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 1110. Analogamente, in relazione all'ordinanza di demolizione della p.a., la consolidata giurisprudenza amministrativa è nel senso che tale ordinanza possa essere legittimamente emanata nei confronti del proprietario, anche se non responsabile dell'abuso, considerato che l'abuso edilizio costituisce illecito permanente e che l'ordinanza stessa ha carattere ripristinatorio e non prevede l'accertamento del dolo o della colpa del soggetto cui si imputa la trasgressione: così T.A.R. Campania, Napoli, Sez III, 23 aprile 2010, n. 2106, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹ Cfr. Cass., sez. III, 11 aprile 2014 (ud. 26 febbraio 2014), n. 16035, in *Riv. giur. ed.*, 2014, n. 6

⁴⁰ Sulla differenza tra la nozione di affidamento e quella di buona fede si rinvia a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 25 ss.

⁴¹ Secondo M.C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica Amministrazione e legittimo affidamento del privato*, cit., 753 ss., a fronte dell'orientamento secondo cui l'attività di repressione degli abusi edilizi è natura vincolata e non è soggetta ad alcun termine di prescrizione o decadenza ed a fronte di forme qualificate di affidamento del privato al mantenimento dell'opera abusivamente realizzata, può essere corretto riconoscere al privato, lesa da una misura ripristinatoria disposta a notevole tempo dalla commissione dell'abuso, una tutela di tipo risarcitorio per lesione del legittimo affidamento alla conservazione di quella situazione. L'Autrice afferma anche che la pubblica amministrazione, poi, potrà rivalersi nei confronti dei dirigenti e funzionari che sarebbero stati istituzionalmente tenuti ad assicurare l'esercizio tempestivo del potere di vigilanza e sanzionatorio.

Invece, nel contesto in esame, sulla base della seguente affermazione è stata esclusa da parte dell'Adunanza Plenaria la configurabilità di un legittimo affidamento fondato su un provvedimento illegittimo: << può essere non più opportuno far luogo all'annullamento in autotutela, in considerazione del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; ma quando tali condizioni sono rispettate non vi è spazio per la tutela patrimoniale >>⁴².

Si deve, tuttavia, rilevare che tale autorevole orientamento risulta essere condivisibile soltanto in relazione ai casi in cui l'illegittimità dell'atto sia stata determinata dalla non veritiera prospettazione dei fatti proveniente dal soggetto avvantaggiato dall'errore della p.a.; invece, non appare meritevole di accoglimento nelle ipotesi di illegittimità imputabili all'amministrazione, nelle quali la tutela (sotto forma di risarcimento)⁴³ per lesione dell'affidamento si incentra sull'esistenza di un danno ingiusto riconducibile non ad un singolo atto, bensì al comportamento complessivo dell'amministrazione⁴⁴.

Tale posizione critica nei confronti del sopraindicato orientamento dell'Adunanza Plenaria sembra trovare conforto nel noto indirizzo della Corte di Cassazione⁴⁵ secondo cui la violazione da parte della

⁴² Così Cons. St. Ad. Pl., 17 settembre 2017, n. 8, pag. 23. Nello stesso senso Cons. St., VI, 27 settembre 2016, n. 3975. Cons. St. Ad. Pl., 17 settembre 2017, n. 9, pag. 13-14, ha affermato che l'ordinamento tutela l'affidamento di chi versa in una situazione antiggiuridica solo se esso rivesta un carattere incolpevole, invece la realizzazione di un'opera abusiva costituisce una volontaria attività *contra legem*: nello stesso senso cfr., *ex multis*, Cons. St., IV, 28 febbraio 2017, n. 908; Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2016, n. 5256.

⁴³ R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 413 ss.; G.D. COMPORTI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur.it.*, 2012, 194; 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; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr.giur.*, n. 28/2011, Vol. 28, 7, 933; A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1218; 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.; 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*; C. SCOGLIAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1749 ss.; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 9/2011, Vol. 28, 7, 933.

⁴⁴ Afferma V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, cit., 2012, II, 157, che nelle ipotesi di permesso di costruire o di aggiudicazione dell'appalto il danno ingiusto non deriva dal primo atto <<che, anzi, è ampliativo della sfera giuridica del privato; né dal secondo atto (ossia dal ritiro a seguito di annullamento giurisdizionale ovvero in autotutela), il quale, essendo legittimo, non è idoneo ad arrecare un danno ingiusto; bensì dal comportamento complessivo della P.A >>. L'Autrice, poi, arriva alla conclusione che pure nei casi in cui la condotta della p.a. consista in mere omissioni e inerzie nell'esercizio di attività doverose sembra esserci spazio per la risarcibilità del danno ingiusto derivante dalla lesione del legittimo affidamento ingenerato nel privato da parte di quella condotta omissiva. In merito cfr. anche M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, cit., 441.

⁴⁵ Cfr. Cass. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6595. In merito si rinvia a 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. S.S. U.U., 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 *Federalismi.it*. Tale Autrice rileva opportunamente che il succitato indirizzo delle Sezioni Unite

p.a. del principio del *neminem laedere* può concretizzarsi in comportamenti sia attivi che omissivi e consiste nel venir meno al dovere di esercitare le relative funzioni pubbliche nel rispetto sia dei principi di imparzialità e indipendenza sia delle norme in tema di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza sia dei principi generali dell'ordinamento relativi alla ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza.

6. Conclusioni.

Sulla base dell'analisi fin qui svolta non sembra destituito di fondamento sostenere che con la pronuncia n. 9/2017 dell'Adunanza Plenaria si sia persa un'importante occasione per confermare ovvero per fare un passo in avanti rispetto alla precedenza sentenza n. 12/1983 del medesimo Alto Consesso in merito alla rilevanza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione della p.a.

Tale valutazione critica è l'inevitabile conseguenza del fatto che la citata pronuncia n. 9/2017 ha escluso - nell'ambito in esame - la necessità di una specifica motivazione sia in relazione ai summenzionati "casi-tipo" sia in relazione ai suddetti "casi-limite", di fatto ponendo sullo stesso piano due fattispecie notevolmente diverse tra loro, senza fare alcun minimo accenno alla diversa ricostruzione elaborata dalla pronuncia n. 12/1983 in merito alla problematica in esame.

Non vi è dubbio che la fondamentale funzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e l'inequivocabile prestigio attribuibile indistintamente a tutti i "precedenti" della stessa Adunanza Plenaria, avrebbero dovuto portare la sentenza n. 9/2017 a fare un espresso richiamo alla pronuncia n. 12/1983, indicandone analiticamente le ragioni del superamento.

Pertanto, come si è cercato di dimostrare, sembra preferibile ammettere la possibilità - non sempre, ma per i soli rari ed eccezionali "casi-limite" indicati in precedenza - di ritenere sussistente, nel contesto in esame, la necessità di motivare da parte dell'amministrazione in modo specifico ed articolato in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso.

Insomma, sarebbe stata auspicabile, ad avviso di chi scrive, la condivisione di tale impostazione da parte della pronuncia n. 9/2017 dell'Adunanza Plenaria, anche se - come accennato nel par. 5 - ci sarebbero stati anche i margini per fare un passo in avanti rispetto alla pronuncia n.12/1983 e riconoscere pure la tutela del legittimo affidamento del privato unicamente, giova ripeterlo, in riferimento ai sopraindicati eccezionali "casi-limite".

Tale impostazione avrebbe potuto consentire di raggiungere l'ulteriore importante obiettivo di una maggiore sensibilizzazione e responsabilizzazione dell'autorità amministrativa preposta al controllo sul

ha avuto il merito di aprire le porte alla tutela del c.d. legittimo affidamento riposto dagli amministrati nell'operato (attivo od omissivo) dei pubblici poteri.

territorio, con un conseguente potenziamento del fondamentale contrasto al deprecabile fenomeno dell'abusivismo edilizio⁴⁶.

Né la sopraindicata impostazione, attraverso la previsione di una puntuale motivazione per i citati eccezionali “casi-limite”, potrebbe mai contribuire a coonestare interventi edilizi che in origine sono e rimangono inequivocabilmente abusivi. Tra l'altro, è sempre l'Adunanza Plenaria, anche se con l'ulteriore pronuncia n. 8 emessa in data 17 ottobre 2017, a fare la seguente affermazione relativamente alla previsione della necessità di uno specifico e dettagliato onere motivazionale gravante sulla p.a.: << Non si tratta qui di negare l'evidente esigenza di un deciso contrasto al grave e diffuso fenomeno dell'abusivismo edilizio... Occorre tuttavia responsabilizzare le amministrazioni all'adozione di un contegno chiaro e lineare, tendenzialmente fondato sullo scrupoloso esame delle pratiche di sanatoria o comunque di permesso di costruire già rilasciato, e sul diniego *ex ante* di istanze che si rivelino infondate, nonché sull'obbligo di serbare – in caso di provvedimenti di sanatoria già rilasciati – un atteggiamento basato sul generale principio di *clare loqui* >> (pag.11). È ancora la stessa sentenza ad evidenziare come l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata non costituisca necessariamente << l'unico fattore idoneo ad orientare le scelte discrezionali dell'amministrazione in caso di risalenti violazioni in materia urbanistica, sì da esonerare in radice l'amministrazione da qualunque motivata valutazione in ordine ad ulteriori fattori e circostanze rilevanti >> (pag.13).

Ebbene, nonostante tali affermazioni vengano fatte per l'ipotesi in cui al tardivo ordine di demolizione preesista un titolo edilizio illegittimo, non sembrano sussistere validi ostacoli ad estendere tali acquisizioni alle sole citate eccezionali ipotesi di “casi-limite” relativi al tardivo provvedimento demolitorio privo, “a monte”, di titolo edilizio illegittimo. Del resto, ciò sembra trovare conforto pure nella succitata recente tendenza legislativa alla valorizzazione dell'onere motivazionale e nel sopraindicato indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione (v. par. 5).

⁴⁶ Cfr. AA.VV., *L'attività edilizia nel Testo unico. Concessione, denuncia di inizio attività, certificato di agibilità*, Milano, 2006; ANTONUCCI, *Manuale di diritto urbanistico*, Napoli, 2004; ASSINI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2003; BETTIOL, *La natura penale dell'assetto territoriale nelle norme per l'edificabilità dei suoli*, Padova, 1978; BIANCHI, *La concessione edilizia: natura giuridica ed ambito di applicazione*, in *Com. it.*, 1978, p. 218; BREGANZE, *Permesso di costruire: novità (e conferme) nell'ambito di applicazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 86; BRESCIANO, PADALINO MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, 2000; CENTOFANTI, MONDINI, *Il codice dell'edilizia, dell'urbanistica e delle espropriazioni*, Piacenza, 2004; CIVITARESE MATTEUCCI, URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004; D'ANGELO N., *Vigilanza, sanzioni e sanatorie nell'edilizia*, Rimini, 2006; FIALE, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2003; LAURICELLA, MARABINI, *Il permesso di costruire*, Padova, 2004; LEQUAGLIE, MIGUIDI, *Il nuovo Testo Unico dell'Edilizia*, Rimini, 2005; MELCHIONDA, *La disciplina penale degli abusi edilizi. Profili generali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 100; MONACO, PALMA, SALTELLI, *Il nuovo testo unico in materia edilizia*, Roma, 2004; PALOMBELLA, *I titoli abilitativi delle opere edili: concessione, autorizzazione e DILA*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 16, p. 52; PERULLI, *La governance del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 588; SALVIA, TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002.



Né sembra si possa escludere in futuro un intervento della giurisprudenza comunitaria (che, anzi, sotto alcuni profili è auspicabile sollecitare in tempi rapidi) per fare definitiva chiarezza sulla delicata questione della rilevanza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione della p.a.