

# Edilizia e Territorio

## Abusivismo edilizio, sull'annullamento della sanatoria il Consiglio di Stato impone prudenza alla Pa

2 novembre 2017 - Fabrizio Luches

Il Consiglio di Stato (in adunanza plenaria): deve sempre essere valutato l'interesse pubblico attuale a rimuovere la concessione illegittima



I principi generali dettati dall'articolo 21-nonies della legge 241/1990 - che impongono la motivata valutazione dell'interesse pubblico al ripristino della legalità violata-, trovano applicazione anche in sede di annullamento ex officio di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico in re ipsa alla rimozione di tali atti.

In tali termini si è espresso il [Consiglio di Stato in adunanza plenaria con sentenza n. 8 del 17 ottobre 2017](#), affermando che l'Amministrazione non può fondare l'adozione di un atto di autotutela sul mero intento di ripristinare la legalità, ma deve sempre e comunque apprezzare discrezionalmente la ragionevolezza del termine di esercizio del proprio potere, l'interesse pubblico all'annullamento, nonché l'interesse dei destinatari, quest'ultimo residente nell'affidamento circa la certezza e la stabilità degli effetti giuridici prodotti dal provvedimento illegittimo.

Il Supremo Collegio ha però ribadito la supremazia dell'interesse pubblico urbanistico in caso di sussistenza di vincoli ambientali o di pubblica incolumità e l'inesistenza della tutela dell'affidamento di chi abbia ottenuto un titolo edilizio rappresentando elementi non veritieri, anche qualora intercorra un considerevole lasso di tempo.

### IL CASO DI SPECIE

Con sentenza n. 1636/2010, la prima Sezione del T.A.R. Puglia dichiarava infondato il ricorso avverso un'ordinanza di annullamento del 2008, avente ad oggetto una concessione edilizia in sanatoria del 1999 relativa ad una guardiana pertinenza di un ex complesso industriale, trasformata in bar/roster a servizio di un cinema/teatro (ricavato dal capannone industriale).

Il Giudice di primo grado ha ritenuto l'attività dell'Amministrazione giustificata (ex se), alla luce dell'illegittimità della sanatoria, a suo tempo rilasciata in difetto di istruttoria e sulla scorta di una errata prospettazione dello stato dei luoghi, con conseguente situazione permanente contra ius, rispetto alla quale risultava sussistere un interesse pubblico -in re ipsa- al ripristino della legalità violata.

Ulteriore presupposto della pronuncia è stata la circostanza che l'affidamento riposto dai privati nella legittimità della concessione in sanatoria (invocato nel ricorso), non fosse degno di tutela in mancanza di buona fede, atteso che la situazione di illegalità era determinata dai ricorrenti, avendo ampliato la ex guardiana in epoca successiva all'acquisto della proprietà e in zona di inedificabilità assoluta per vincolo ambientale ai sensi della legge regionale n. 56/1980. Pertanto il T.A.R. ha ritenuto non solo che l'Amministrazione non avesse l'obbligo di verificare se l'interesse al ripristino della legalità fosse o meno prevalente sul contrapposto interesse dei privati, ma anche che il potere di annullamento dell'atto non poteva subire limitazioni in ragione del lungo tempo trascorso dal rilascio della concessione illegittima.

### LA QUERELLE

La questione giuridica sollevata dinanzi al Supremo collegio e rimessa all'Adunanza plenaria consiste nella necessità - in vigenza dell'art. 21-nonies legge 241/1990 (nel testo introdotto dalla l. 15/2005), di chiarire:

- 1) se l'annullamento ex officio di un titolo edilizio in sanatoria - intervenuto a notevole distanza di tempo dal provvedimento originario - debba comunque essere motivato in relazione a un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione e ai contrapposti interessi dei soggetti incisi;
- 2) se - sotto il profilo amministrativo - rilevi che il privato abbia indotto in errore l'amministrazione attraverso l'allegazione di circostanze non veritiere, idonee a determinare l'adozione dell'originario provvedimento favorevole.

Secondo l'orientamento sino ad oggi prevalente, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio illegittimo (in

specie se rilasciato in sanatoria) risulta in re ipsa correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata.

Assunto che deriva dalla considerazione giuridica che il rilascio stesso di un titolo illegittimo determina la sussistenza di una permanente situazione contra ius, in tal modo ingenerando in capo alla PA il potere-dovere di annullare in ogni tempo il titolo edilizio illegittimamente rilasciato (da ultimo Consiglio di Stato, sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3660). Sempre secondo tale orientamento, non sussisterebbe mai l'obbligo della PA di valutare i diversi interessi in campo, in caso di illegittimità del titolo in sanatoria determinata da una falsa rappresentazione dei fatti o dello stato dei luoghi, imputabile al beneficiario del titolo in sanatoria (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 2012 n. 4619). Anzi, in tali ipotesi, risulterebbe inconferente lo stesso richiamo alla disciplina di cui agli articoli 21-octies e 21-nonies l. 241/1990, poiché è proprio la falsa rappresentazione dei fatti rilevanti a rendere vincolata l'adozione del provvedimento di annullamento in autotutela.

### **LA DIVERSA TESI ACCOLTA**

Con la pronuncia in commento, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sposato il diverso orientamento, espresso di recente dalla Sezione VI, secondo cui -anche nel caso di annullamento ex officio di titoli edilizi in sanatoria-, devono trovare integrale applicazione i presupposti di cui all'articolo 21-nonies legge 241/1990, non potendo l'Amministrazione precedente fondare l'adozione dell'atto di ritiro sul mero intento di ripristinare la legalità violata (in tali termini Sez. VI 29 gennaio 2016 n. 351 e prima Sez. IV 15 febbraio 2013 n. 915).

Ciò in quanto l'esercizio dell'autotutela postula l'apprezzamento di un presupposto predeterminato ipso iure (l'illegittimità dell'atto da annullare) e di due ulteriori presupposti riferiti a concetti indeterminati, che devono essere valutati -seppur discrezionalmente- dall'Amministrazione: la ragionevolezza del termine di esercizio del potere di ritiro e l'interesse pubblico alla rimozione, unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari.

La decisione consolida quindi l'orientamento della sentenza n. 341 del 27 gennaio 2017, secondo cui ***l'Amministrazione - che intenda procedere in autotutela all'annullamento di un provvedimento di sanatoria di opere abusive- deve effettuare un motivato bilanciamento fra (da un lato) l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e (dall'altro) l'interesse dei destinatari al mantenimento dello status quo ante (interesse rafforzato dal legittimo affidamento, determinato dall'adozione dell'atto e dal decorso del tempo).***

L'esegesi parte dalla considerazione che l'interesse pubblico alla rimozione di un atto amministrativo illegittimo è oggettivamente connaturato alla rilevata sussistenza di una situazione antiggiuridica; ma ciò non sta a significare che il riconoscimento di un tale interesse, comporti di per sé l'esclusione di ogni altra circostanza rilevante (come gli interessi dei destinatari dell'atto) ed esoneri la PA da qualunque -seppur succintamente motivata - valutazione sul punto, anche alla luce della generale disciplina di cui alla legge 241/1990 e all'assenza di una diversa disciplina in tema di presupposti e condizioni per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio di titoli edilizi nel d.p.r. 380/2001.

### **E QUANDO LA MOTIVAZIONE NON SERVE**

Dal caso di specie va distinta la diversa ipotesi in cui la PA abbia doverosamente (ma tardivamente) adottato un ordine di demolizione di fabbricati privi ab origine di un qualunque titolo legittimante e giammai ammessi a sanatoria.

E' evidente infatti che in tale ipotesi non vengano in rilievo neppure ai fini motivazionali, le categorie tipiche dell'autotutela decisoria, quanto il diverso tema del tardivo esercizio di un'attività repressiva che è (e resta) doverosa, indipendentemente dal decorso del tempo e dalla valutazione dei diversi interessi in gioco.

Non sussiste, infatti, alcuna necessità di motivare in modo particolare un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione di demolizione, poiché l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore " contra legem" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2016 n. 5256 e 10 giugno 2013 n. 3182).

### **L'INCIDENZA DEL TEMPO**

Anche nel diritto amministrativo il tempo viene in rilievo -tanto nelle sue singole frazioni, tanto nel suo continuo trascorrere-, determinando la costituzione, la modificazione e l'estinzione di situazioni giuridiche, indipendentemente dall'atteggiamento psicologico dei soggetti interessati e dalla loro qualificazione (PA o privati).

Da questo assunto parte il Consiglio di Stato per ricordare che nell'attuale ordinamento non trova dimora la perennità della potestà amministrativa di annullare in autotutela gli atti invalidi.

Infatti, ben prima che la legge 15/2005 intervenisse sul punto (ed oggi anche la novella di cui alla l. 124/2015 con l'introduzione del termine massimo di diciotto mesi dall'adozione del provvedimento), la giurisprudenza amministrativa aveva già temperato il richiamato principio di perennità, predicando invece la necessità che l'annullamento e la revoca intervenissero entro un termine ragionevole (ragionevolezza intesa non come consunzione del potere di riesame da parte della PA, ma come presupposto per una valutazione via via più accorta fra l'interesse pubblico al ritiro dell'atto illegittimo e il complesso delle altre circostanze e interessi rilevanti).

Pertanto, in relazione a vicende sorte nella vigenza della legge 15/2005, il decorso di un considerevole lasso di tempo dal rilascio del titolo edilizio, non incide in radice sul potere di annullare in autotutela il titolo medesimo, ma onera la PA del compito di valutare -motivatamente- se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale.

Parimenti, in caso di titoli abilitativi rilasciati sulla base di dichiarazioni oggettivamente non veritiere (e a prescindere dagli eventuali risvolti di ordine penale), laddove la fallace prospettazione abbia sortito un effetto rilevante ai fini del

rilascio del titolo, è da ritenersi congruo che il termine "ragionevole" decorra solo dal momento in cui l'Amministrazione abbia appreso della richiamata non veridicità; mentre, sotto il profilo motivazionale, la PA potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo. Problematiche in parte risolte per gli atti sorti dopo la legge 124/2015 che, introducendo il comma 2-bis all'articolo 21-nonies l. 241/1990, ha disposto che i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi.

### **LA SUPREMAZIA DELL'INTERESSE PUBBLICO URBANISTICO**

Seppur il decorso del tempo imponga alla PA -che intenda procedere all'annullamento in autotutela di un titolo edilizio illegittimo- di motivare puntualmente in ordine alle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento e alla valutazione degli interessi dei destinatari e dei contro interessati, detto onere motivazionale non muta il rilievo dell'interesse pubblico e la sostanziale preminenza che deve essere riconosciuta al complesso di interessi e valori sottesi alla disciplina edilizia e urbanistica.

Nei casi di sussistenza di vincoli ambientali o di inedificabilità assoluta o relativi alla tutela della pubblica incolumità (ad es. rischio sismico o idrogeologico), l'onere motivazionale gravante sulla PA potrà dirsi soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate (integrando così le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio dello ius poenitendi).

Orientamento assunto dall'Adunanza plenaria in commento, che ha pertanto affermato di non condividere la tesi (accolta anche da alcune pronunce dello stesso Consiglio) secondo cui, anche in sede di motivazione dell'annullamento in autotutela di titoli edilizi illegittimi, occorrerebbe riconoscere maggiore rilevanza all'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore rilevanza all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, i cui effetti si sarebbero ormai prodotti in via definitiva.

### **L'AFFIDAMENTO DEL PRIVATO**

La pronuncia in commento ha condiviso le precedenti decisioni del Consiglio di Stato che hanno affermato l'insussistenza dell'esigenza di tutelare l'affidamento di chi abbia ottenuto un titolo edilizio -anche in sanatoria-rappresentando elementi non veritieri, e ciò anche qualora intercorra un considerevole lasso di tempo fra l'abuso e l'intervento repressivo dell'amministrazione (in tal senso: Sez. IV, 12 dicembre 2016 n. 5198 e Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2451); insussistenza evidenziata anche a fini risarcitori, anche nei casi in cui possa risultare non più opportuno far luogo all'annullamento in autotutela, in considerazione del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari e dei contro interessati (cfr. Sez. VI, 27 settembre 2016 n. 3975).

Inoltre, sempre il Consiglio di Stato ritiene che non ci sia violazione del principio del legittimo affidamento in relazione al biennio intercorso tra il rilascio del permesso di costruire in sanatoria e il successivo annullamento: tale periodo non è idoneo a radicare un vero e proprio legittimo affidamento, ma rappresenta solo un congruo termine per l'esercizio dell'attività di vigilanza edilizia comunale (cfr. sez. VI, 24 marzo 2017, n. 1328).

Infine, nella diversa ipotesi di costruzioni ab origine abusive, come già argomentato in merito all'onere motivazionale, anche sotto il profilo dell'affidamento alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, quest'ultimo non sarà meritevole di tutela: colui che realizza un abuso edilizio, infatti, non può dolersi del fatto che l'Amministrazione lo abbia prima avvantaggiato, adottando solamente a notevole distanza di tempo i provvedimenti repressivi dell'abuso non sanabile (in tali termini Sez. VI, 13 dicembre 2016 n. 5256 e 2 febbraio 2015 n. 474). Non mancano però pronunce in senso contrario che ritengono il notevole periodo di tempo trascorso tra la commissione dell'abuso e l'adozione dell'ordinanza di demolizione e il protrarsi dell'inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza, indice sintomatico di un legittimo affidamento in capo al privato, a fronte del quale grava quantomeno sul Comune, nell'esercizio del potere repressivo-sanzionatorio, un obbligo motivazionale "rafforzato" circa l'individuazione di un interesse pubblico specifico alla sanzione demolitoria, diverso ed ulteriore rispetto a quello al mero ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2016 n. 1393 e 18 maggio 2015 n. 2512). Ciò soprattutto quando il lungo lasso di tempo intercorso per inerzia (anche se incolpevole) della PA abbia creato una ragionevole convinzione circa la regolarità dei manufatti successivamente accertati come "abusivi" (v. Consiglio di Stato, Sez. I, 14 gennaio 2015 n. 45 e prima Sez. IV, 3 febbraio 1996 n. 95).

### **In sintesi:**

#### **IL PRINCIPIO DI DIRITTO ENUNCIATO**

L'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole.

#### **LE PUNTUALIZZAZIONI DELL'ADUNANZA PLENARIA**

- il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine "ragionevole" per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte della PA, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro.

- l'onere motivazionale della PA risulta attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso può essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti

circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del ius poenitendi).

- la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sulla PA potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte.

© RIPRODUZIONE RISERVATA