

Introduzione

Lo studio delle misure ripristinatorie rende necessario affrontare temi che con tali misure si intrecciano, in particolare: il tema delle sanzioni amministrative, i temi del risarcimento del danno e dell'esecuzione in forma specifica, il tema dell'esecutorietà e delle misure di esecuzione.

L'ampiezza di tali temi e la circostanza per cui l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è concentrata soprattutto sulla loro distinzione rispetto alle sanzioni amministrative¹, hanno contribuito a rendere difficoltoso il tentativo di qualificazione, in particolare da parte della dottrina, dei provvedimenti ripristinatori e dei procedimenti che ad essi conducono.

A tal proposito, il primo passo della indagine muoverà nell'intento di individuare la natura giuridica dei provvedimenti e dei procedimenti ripristinatori, prendendo le mosse dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto con riguardo alla loro collocazione nel novero delle sanzioni amministrative intese in senso lato, oppure all'interno della categoria delle misure d'esecuzione.

Al riguardo, verrà ripercorso il cammino intrapreso dalla dottrina, inizialmente divisa tra la collocazione delle misure di ripristino della legalità violata nell'ambito degli strumenti di risarcimento del danno, escludendone la natura di vere e proprie pene², e l'inquadramento nel novero dei mezzi di coazione amministrativa diretta³, attraverso la collocazione dell'istituto del ripristino nel-

¹ Cfr. C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, vol. XLI, 355-357; M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1992, vol. XXVIII, 2; E. CASSETTA, voce *Sanzioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. XII, 599.

² Cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 8. L'Autore con riguardo all'art. 378, comma 1, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, qualificava l'ordine di demolizione alla stregua di uno strumento diretto, secondo i principi di diritto comune, a risarcire le conseguenze dannose della trasgressione subite dall'amministrazione ed ispirato a principi di responsabilità «storica». *Contra* Cammeo che sottolineava come si fosse giunti a considerare l'ordine di demolizione di cui all'art. 38, comma 1, della legge n. 2248 del 1865 uno strumento tipo utilizzabile in presenza di qualsiasi situazione lesiva di un bene pubblico o di una funzione pubblica. F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, cit., 4.

³ Cfr. U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in ID., *Studi di diritto pubblico*, Padova, 1976, 121 e ss. Si tratta di una riedizione della prima edizione dell'opera che è del 1901. Cfr. anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1914, vol. I, 349-354. L'Autore indicava

l'ambito dell'esecuzione amministrativa. Partendo da tale impostazione il passo, si vedrà, è stato breve nella direzione dell'inquadramento dei provvedimenti di ripristino entro il tema dell'autotutela amministrativa⁴, distinguendo, entro il procedimento ripristinatorio, un momento di autotutela decisoria ed un momento di autotutela esecutiva.

Una parte della dottrina, con riguardo all'inquadramento della vicenda rappresentata dal procedimento di ripristino nella materia dell'autotutela, ha sottolineato la necessità di distinguere nettamente tra l'ordine di ripristino e la sua esecuzione, mettendo in evidenza il collegamento procedimentale esistente fra un procedimento di accertamento-condanna, che si sarebbe dovuto concludere con l'ordine di ripristino – da ricondursi nel novero delle decisioni amministrative – e un procedimento successivo ed eventuale di esecuzione coattiva dell'ordine di ripristino, che avrebbe avuto esito in un distinto ordine-esecuzione⁵.

Si darà conto di come l'aspetto procedimentale sia stato evidenziato, in particolare, da chi ha prospettato un inquadramento delle misure ripristinatorie all'interno della categoria dei procedimenti ablatori aventi carattere personale, i quali verrebbero instaurati a seguito del compimento di infrazioni, non qualificate in termini di illecito amministrativo, e si caratterizzerebbero per essere diretti, non tanto a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione, traducendosi in ordini repressivi⁶.

Fondamentale, come si avrà modo di vedere ampiamente, è stata la distinzione della misura ripristinatoria dalla sanzione.

A tale riguardo, si evidenzierà che il requisito che vale a distinguere la sanzione, nella sua qualificazione in termini di pena in senso tecnico, rispetto alla misura ripristinatoria, consisterebbe nella necessaria identificazione, ai fini dell'applicazione della sanzione, tra soggetto passivo della misura sanzionatoria e soggetto che ha posto in essere la condotta illecita⁷, laddove, invece, la misura ripristinatoria viene applicata nei confronti del soggetto titolare del bene oggetto della violazione, non in virtù della circostanza secondo cui un dante causa abbia compiuto un illecito, ma in ragione del fatto che il bene, in ordine al quale è stata posta in essere una situazione di fatto illegale, rientra nella sua disponibilità⁸.

La finalità perseguita dall'amministrazione per il tramite della misura ripristi-

quale esempio di «coazione all'adempimento specifico» la demolizione del manufatto abusivo. Cfr. anche ID., *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, cit., 4.

⁴ Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, vol. IV, 537 ss. e ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 155.

⁵ Cfr. S. CASSESE, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 331.

⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 1313; F. BASSI, *Sanzioni amministrative edilizie e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 482.

⁷ A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 209.

⁸ A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 210.

natoria è rappresentata dalla restaurazione di una situazione concreta d'illegalità, conseguente ad un'infrazione, senza che rilevino i caratteri dell'infrazione, né la coincidenza o meno tra destinatario della misura e autore della violazione: rilevante per l'ordinamento, si avrà modo di constatare, è solo la sussistenza di una situazione di fatto non corrispondente alla norma, situazione di fatto che va modificata (eliminata) per restaurare la legalità⁹.

Attualmente la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere all'ordine di ripristino la qualifica di «provvedimento costitutivo di obblighi»¹⁰ ai sensi dell'art. 21 *ter*, comma 1, cpv. 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, collocando tale istituto, quindi, nell'ambito dell'esecutorietà amministrativa.

Corollario di tale riconoscimento è l'applicazione con riguardo al provvedimento costitutivo di obblighi, rappresentato dalla misura ripristinatoria, della legge n. 241 del 1990, la quale è chiamata ad integrare le norme di settore con riguardo agli aspetti procedurali, quali: l'individuazione del responsabile del procedimento, l'individuazione dell'atto di avvio del procedimento, la comunicazione dell'avvio del procedimento al soggetto interessato, la garanzia della partecipazione del soggetto interessato in funzione del contraddittorio, l'indicazione del termine di conclusione del procedimento e il rispetto dell'obbligo di motivazione del provvedimento.

Risulterà evidente l'importanza dell'estensione del raggio d'azione della legge breve sul procedimento nei confronti delle misure di ripristino quando si darà conto degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza che, partendo dall'assunto della natura vincolata dei provvedimenti ripristinatori, esclude la necessità-obbligatorietà sia della comunicazione dell'avvio del procedimento preordinato all'adozione della misura di ripristino che della motivazione del provvedimento di ripristino.

Si può anticipare, fin d'ora, che l'orientamento espresso dalla giurisprudenza può essere contestato sotto più profili. In primo luogo, perché conduce al risultato di prevedere un'ulteriore eccezione all'applicazione della disciplina in materia di partecipazione, eccezione che non può essere ricondotta né alle ipotesi di celerità, né alle ipotesi previste dall'art. 13 della legge n. 241 del 1990.

In secondo luogo, il mancato rispetto delle garanzie partecipative, che segue al mancato riconoscimento dell'obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento, contrasta con il principio dell'equo processo, il quale si fonda anche sul rispetto del contraddittorio e che è sancito a livello convenzionale dal-

⁹ A. TRAVI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella legge n. 47 del 1985*, in *Riv. giur. sarda*, 1988, 895 ss.

¹⁰ Sul punto cfr. G. PAGLIARI, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, legge 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1, 332-337. Cfr. G. FALCON, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, VI, 141 ss. L'Autore porta come esempio di «provvedimento costitutivo di obblighi» proprio l'ordine di demolizione. G. FONDERICO, *Esecutorietà*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Milano, 2014, 564 e ss.

l'art. 6, par. 1, della CEDU. Tale principio, infatti, secondo l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, andrebbe garantito con riguardo ai procedimenti che conducono all'adozione delle misure ripristinatorie.

Il disconoscimento del valore della partecipazione procedimentale si traduce, inoltre, nella violazione del principio del giusto procedimento, espressione del *due process of law* e manifestazione, per il legislatore europeo, del diritto ad una buona amministrazione, il quale si sostanzia, per il tramite della disposizione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel diritto riconosciuto ad ogni persona di avvalersi del contraddittorio prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento pregiudizievole.

Infine, non può non riconoscersi come anche a fronte di un accertamento tecnico, quale quello che viene condotto nelle ipotesi di opere non assentite o difformi dal titolo abilitativo o dalla disciplina urbanistico-edilizia, la partecipazione del soggetto interessato potrebbe rivelarsi utile, se non addirittura essenziale, sia al fine di evitare errori di fatto che per contribuire a sanare il *deficit* di informazioni del soggetto pubblico decisore.

Una questione, da tempo controversa e dibattuta, e divenuta nuovamente attuale, è quella relativa alla necessità o meno che l'ordine di demolizione rechi una specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla adozione della misura ripristinatoria nell'ipotesi in cui sia trascorso un significativo lasso di tempo dalla realizzazione dell'opera abusiva.

Tale questione assume rilevanza soprattutto laddove sorga il problema della tutela dell'affidamento che la permanenza nel tempo dell'opera abusiva potrebbe aver ingenerato nel proprietario della stessa.

Anche la Corte EDU si è occupata della questione della tutela dell'aspettativa ingenerata nel soggetto privato, autore dell'infrazione, dal considerevole spazio di tempo trascorso dal compimento della stessa, pervenendo, come si avrà modo di vedere, al medesimo risultato cui approda il nostro giudice, anche se per vie diverse.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata delle misure ripristinatorie, in particolare degli ordini di demolizione a fronte di costruzioni abusive, segnatamente sotto il profilo dell'applicabilità nei confronti di tali misure delle garanzie procedurali sancite dall'art. 6, par. 1, della CEDU. La Corte di Strasburgo è giunta ad affermare la necessità del rispetto della regola del contraddittorio come delineata dalla norma della CEDU.

Si darà conto del cammino della giurisprudenza convenzionale europea che, nelle prime pronunce in materia di provvedimenti ripristinatori, ha inteso qualificare gli stessi come provvedimenti determinativi di diritti civili ai sensi della Convenzione EDU, affermando la necessità che sia assicurato il rispetto delle garanzie procedurali e processuali previste dal citato art. 6, par. 1, della Convenzione anche con riguardo al procedimento d'irrogazione delle misure riparatorie¹¹,

¹¹ Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1994, caso n. 19178/91, *Bryan v. The United Kingdom*, § 38, consultabile in: <http://hudoc.echr.coe.int>. Il caso verteva su di una demolizione di un'opera abusiva.

mentre, negli arresti più recenti ha ricondotto gli ordini di ripristino, ancora *sub specie* ordini di demolizione, nell'area delle sanzioni penali, sul presupposto della sussistenza in tali provvedimenti ripristinatori di uno degli *Engel criteria*, cioè, del parametro della severità, valutata in concreto, della misura.

Non potrà non osservarsi come la disciplina nazionale in materia di edilizia si mostri in contrasto con le garanzie sancite dall'art. 6, par 1, della Convenzione anche sotto il profilo della garanzia dell'imparzialità dei soggetti preposti all'adozione delle misure di ripristino non essendo rispettato il requisito della separazione tra gli organi preposti, rispettivamente, da un lato all'accertamento dell'abuso e dall'altro all'adozione della misura di ripristino.

Si intende dar conto in questo studio degli orientamenti della Corte EDU, con riguardo ad alcune questioni di rilievo, quali: la questione della configurabilità della violazione del diritto alla tutela del proprio domicilio nel caso di adozione di un ordine di demolizione, la questione della sussistenza della garanzia di un effettivo ricorso giurisdizionale interno che assicuri il rispetto della *full jurisdiction*, la questione della proporzionalità della misura ripristinatoria incidente sulla proprietà e, da ultimo, la questione della tutela dell'affidamento della "aspettativa" di poter continuare a godere del diritto di proprietà, ingenerata dal significativo lasso di tempo trascorso dal compimento dell'abuso.

Si avrà modo di vedere che il meccanismo di imputazione dell'obbligo di adottare la misura di ripristino può poggiare su tre principi. Sul principio che si fonda sulla disponibilità della *res* ed in virtù del quale il soggetto che ne ha la disponibilità è tenuto ad effettuare il ripristino, indipendentemente dal fatto che egli abbia causato o meno la situazione di fatto difforme dal parametro normativo.

Altro principio che può giustificare l'imputazione dell'obbligo di ripristino è il principio personale di imputazione della responsabilità, il quale impone la necessaria coincidenza tra il soggetto tenuto al ripristino e il trasgressore di una norma la cui violazione ha determinato il sorgere di una situazione di fatto non conforme alla legge.

Infine, la misura di ripristino potrebbe essere imposta in applicazione della regola della responsabilità oggettiva fondata sul requisito del nesso di causalità tra il fatto e l'effetto contrario alla legge, come, si vedrà, è previsto dalla disciplina dettata in materia del ripristino ambientale nel rispetto del principio "chi inquina paga", potendosi ammettere, solo in casi limitati, la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, come avviene nella ipotesi residuale di responsabilità soggettiva prevista dall'art. 311 del Codice dell'ambiente.

Attenzione sarà dedicata alla materia del ripristino ambientale come risulta disciplinata dal Codice dell'ambiente a seguito della "rivoluzione copernicana" operata dalla legge europea del 2013, la cui adozione ha determinato l'abbandono in via definitiva nella materia del danno all'ambiente del meccanismo del risarcimento per equivalente monetario in favore dell'attività di ripristino.

Verrà esaminata la procedura diretta al ripristino ambientale, nel cui ambito è previsto (art. 306, comma 1, del Codice dell'ambiente) che il Ministero

dell'ambiente valuti l'opportunità di addivenire ad un accordo con l'operatore interessato, nel rispetto della procedura di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, al fine di determinare le misure di ripristino.

Con riguardo alla materia della bonifica dei siti contaminati, si avrà modo di vedere come la stipula dell'accordo per la definizione delle modalità e dei tempi di esecuzione degli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale rappresenti più di un'opportunità, configurandosi come un vero e proprio diritto soggettivo in capo ai soggetti obbligati agli interventi e ai soggetti altrimenti interessati alla stipula dello stesso.

Saranno, poi, analizzate le misure ripristinatorie previste a tutela dei beni culturali e del paesaggio. Un aspetto importante che verrà sottolineato, in ragione delle conseguenze positive, è il riconoscimento, pressoché unanime, da parte della dottrina della applicabilità della legge n. 241 del 1990 ai procedimenti ripristinatori preordinati alla tutela del paesaggio e dei beni culturali.

Con riguardo alla misura repressiva prevista nella disposizione di cui all'art. 160, comma 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio e consistente nel pagamento di una somma di denaro, commisurata al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla cosa e dovuta nell'ipotesi in cui un bene culturale abbia subito un danno e non sia possibile la reintegrazione dello stesso, si è posta la questione della prescrittibilità della stessa.

Si darà conto degli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali che si sono sviluppati attorno a tale questione, soffermando, in particolare, l'attenzione sulla posizione assunta dal Consiglio di Stato, espressione, in realtà, di un orientamento isolato, la quale attraverso l'inquadramento della responsabilità da lesione del patrimonio culturale nell'alveo della responsabilità civile *ex art. 2043* del Codice civile ha concluso nel senso della prescrittibilità di tale misura pecuniaria in applicazione del termine di prescrizione di cui all'art. 2947 del Codice civile¹².

Presenta profili di criticità, come si avrà modo di argomentare, la limitazione della discrezionalità esercitabile dalla autorità competente in ordine alla scelta tra ripristino e misura pecuniaria, limitazione determinata dalla modifica apportata dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157, correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio, alla disposizione dell'art. 167, comma 1, del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Ai sensi del novellato art. 167, comma 1, infatti, in caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte III, il trasgressore è sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese.

Oggetto di critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza è stata anche l'introduzione del divieto dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria stabilito in via generale con l'ammissione di alcune limitate eccezioni.

In particolare, come si avrà modo di vedere, il giudice amministrativo, rivol-

¹² Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2013, n. 5361, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, 919 ss. con nota di M.J. ZAMPANO, *La prescrizione dell'art. 2947 c.c. opera anche nella tutela amministrativa del patrimonio storico-artistico: una sinergia di regole pubblicistiche e privatistiche*.

gendosi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ha sollevato la questione della compatibilità della disciplina di cui all'art. 167, comma 4, lett. *a*), del Codice dei beni culturali e del paesaggio, la quale «esclude la possibilità del rilascio di una autorizzazione paesaggistica in sanatoria per tutti gli interventi umani comportanti l'incremento di superfici e volumi, indipendentemente dall'accertamento concreto della compatibilità di tali interventi con i valori di tutela paesaggistica dello specifico sito considerato»¹³, rispettivamente con la disposizione dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea relativa al diritto di proprietà, con il principio di proporzionalità e con la disciplina contenuta nelle direttive comunitarie sulla tutela del paesaggio¹⁴.

¹³ Il Tar Sicilia (Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 10 aprile 2013, n. 802), cit.

¹⁴ Il Tar Sicilia (Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 10 aprile 2013, n. 802), cit.

Capitolo Primo

Inquadramento delle misure ripristinatorie nell'ambito degli istituti del diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli sforzi ricostruttivi della dottrina per un inquadramento delle misure ripristinatorie nell'ambito degli istituti del diritto amministrativo. – 2.1. Procedimento ablatorio personale. La nozione di ordine amministrativo. Sua distinzione dalla nozione di diffida. – 3. Raffronto tra la fattispecie da cui origina il potere sanzionatorio e la fattispecie da cui origina il potere di ordinare il ripristino. – 4. Le misure ripristinatorie come “altro” rispetto alle sanzioni amministrative. – 5. I tratti salienti delle misure ripristinatorie e loro distinzione dagli obblighi risarcitori. – 6. Dibattito sull'individuazione della disciplina generale applicabile ai procedimenti e ai provvedimenti ripristinatori. – 7. La tutela giurisdizionale nelle ipotesi di sanzioni amministrative, misure ripristinatorie e obblighi risarcitori. – 8. La misura ripristinatoria come provvedimento costitutivo di obblighi *ex art. 21 ter*, comma 1, legge n. 241 del 1990. – 9. I meccanismi di imputazione dell'obbligo di ripristino.

1. Premessa

Occuparsi di misure ripristinatorie impone di indagare nell'ambito di un'area i cui confini lambiscono e si intrecciano con «saperi convenzionali»¹: il tema delle sanzioni amministrative, i temi del risarcimento del danno e dell'esecuzione in forma specifica, il tema dell'esecutorietà e delle misure di esecuzione.

L'ampiezza dei temi connessi con l'oggetto di indagine – le misure di ripristino – e, al contempo, la circostanza per cui l'attenzione degli interpreti si è quasi esclusivamente concentrata sulla loro distinzione rispetto alle sanzioni amministrative² hanno contribuito a rendere non agevole, se non addirittura difficoltoso-

¹Cfr. G.D. COMPORI, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 147. L'autore, con riferimento al tema del danno ambientale e alle connesse operazioni rimaliali, osserva come «i più interessanti sviluppi del nostro sistema giuridico si verificano ormai su versanti che si collocano ai margini dei saperi convenzionali e che richiedono di essere indagati con un rinnovato “canone eclettico”».

²Cfr. C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 355-357; M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 2; E. CASSETTA, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 599.

so, il tentativo di qualificazione, in particolare da parte della dottrina, dei provvedimenti ripristinatori e dei procedimenti che ad essi conducono.

A tal proposito, il primo passo della presente indagine è stato mosso nell'intento di individuare la natura giuridica dei provvedimenti e dei procedimenti ripristinatori, prendendo le mosse dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto con riguardo alla loro collocazione nell'ambito delle sanzioni amministrative intese in senso lato, oppure all'interno della categoria delle misure d'esecuzione. In secondo luogo, si è reso necessario operare una sorta di *actio finium regundorum* al fine di stabilire l'esatto perimetro del percorso di indagine e si è scelto di studiare il provvedimento che ordina al privato il ripristino della legalità violata e non il momento successivo dell'esecuzione coattiva del ripristino da parte dell'amministrazione.

2. *Gli sforzi ricostruttivi della dottrina per un inquadramento delle misure ripristinatorie nell'ambito degli istituti del diritto amministrativo*

È possibile rinvenire primi esempi di misure di ripristino della legalità violata nella legge sulle opere pubbliche, la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, e nella legge sull'espropriazione per causa di utilità pubblica, la legge del 25 giugno 1865, n. 2359³. I provvedimenti ripristinatori disciplinati in tali leggi erano qualificati da una parte della dottrina alla stregua di strumenti di risarcimento del danno, escludendo che si potessero considerare vere e proprie pene⁴. La giurisprudenza annoverava i provvedimenti ripristinatori nell'ambito dell'istituto del risarcimento del danno in forma specifica⁵. Altra parte della dottrina qualificava, invece, i provvedimenti di ripristino come mezzi di coazione amministrativa diretta⁶, collocando l'istituto del ripristino nell'ambito dell'esecuzione amministrativa.

³ Si fa riferimento alle misure di ripristino previste dall'art. 378, comma 1, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, e dall'art. 90 della legge del 25 giugno 1865, n. 2359 che prevedevano come misura accessoria di una contravvenzione l'ordine di demolizione del manufatto costruito illecitamente. Cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 8-9.

⁴ Cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 8. L'Autore con riguardo all'art. 378, comma 1, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, qualificava l'ordine di demolizione alla stregua di uno strumento diretto, secondo i principi di diritto comune, a risarcire le conseguenze dannose della trasgressione subite dall'amministrazione ed ispirato a principi di responsabilità «storica». *Contra* Cammeo che sottolineava come si fosse giunti a considerare l'ordine di demolizione di cui all'art. 38, comma 1, della legge n. 2248 del 1865 uno strumento tipo utilizzabile in presenza di qualsiasi situazione lesiva di un bene pubblico o di una funzione pubblica. F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, cit., 1 e 4.

⁵ Trib. Roma, 27 marzo 1893, in *Riv. pen.*, 1893, II, 136 e Cass., 11 luglio 1901, in *Foro it.*, 1901, III, 393.

⁶ Cfr. U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 121-124. Si tratta di una riedizione della prima edizione dell'opera che è del 1901. Cfr. anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 349-354. L'Autore indicava quale esempio di «coazione all'adempimento specifico»

Partendo da tale impostazione il passo è stato breve nella direzione dell'inquadramento dei provvedimenti di ripristino entro il tema dell'autotutela amministrativa⁷, distinguendo, entro il procedimento ripristinatorio, un momento di autotutela decisoria ed un momento di autotutela esecutiva.

Si fa riferimento al noto tentativo condotto da Feliciano Benvenuti di creare «una nuova sistematica dell'autotutela amministrativa»⁸, la quale si fondava sulla necessità di considerare unitariamente gli atti di autotutela e le attività di autotutela, con l'intento di incentrare il sistema, da un lato sulla attività provvedimentale che si manifesta mediante atti tipici di autotutela, ai quali viene attribuito il nome di decisioni amministrative⁹, e, dall'altro sulla attività di esecuzione non provvedimentale, nota con il nome di esecuzione forzata amministrativa¹⁰.

Tale costruzione ha portato alla creazione della c.d. «autotutela decisoria» di cui è stata proposta la bipartizione in due grandi categorie: la categoria dell'autotutela sugli atti, la quale si esplica in ordine alla validità degli atti amministrativi e quella dell'autotutela sui rapporti che si manifesta in ordine all'utilità dei rapporti stessi.

Nell'ambito dell'autotutela sui rapporti, l'Autore distingue, ancora, tra una forma di autotutela che si esercita con decisioni di condanna, come mezzo per garantire la soddisfazione dell'oggetto del rapporto, ed una seconda forma di autotutela che si esercita mediante sanzioni, con l'obiettivo di assicurare, sia pure in via indiretta, l'utilità del rapporto¹¹.

Ai fini della nostra indagine assumono rilevanza, nel quadro delle decisioni di condanna, espressione dell'autotutela decisoria della pubblica amministrazione, le decisioni di tipo positivo che vengono adottate da parte della pubblica amministrazione a fronte di un comportamento del soggetto privato difforme da una pretesa fondata sulla legge o su di un provvedimento amministrativo.

Esempi di tali decisioni sono, ad avviso di Benvenuti, i provvedimenti che obbligano il privato ad un *facere* e quelli che obbligano il privato a lasciar fare. Fra gli obblighi di *facere* imposti al privato in conseguenza di un suo comportamento difforme rispetto alla pretesa dell'amministrazione, l'Autore ricorda gli

la demolizione del manufatto abusivo. Cfr. anche F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, cit., 4.

⁷ Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit., 537 ss. e ID., *Appunti di diritto amministrativo*, cit., 155.

⁸ F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit., 540.

⁹ Con riguardo alla nozione di decisione amministrativa cfr. M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, vol. XI, 810 e ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, voce *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, vol. XI, 1 ss.; A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, vol. IV, 524.

¹⁰ F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit., 540.

¹¹ F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit., 541.

ordini di demolizione delle opere illecitamente costruite e gli ordini di bonifica. Tra gli obblighi di lasciar fare, indica i provvedimenti con cui la pubblica amministrazione si sostituisce al privato nell'esercizio di un'attività, oppure le decisioni con cui l'autorità si appropria dei beni dell'interessato destinati al soddisfacimento del suo obbligo¹².

La dottrina che maggiormente si è occupata di analizzare i procedimenti di tutela dei beni pubblici¹³, con riguardo all'inquadramento della vicenda rappresentata dal procedimento di ripristino nell'ambito dell'autotutela, ha inteso sottolineare la necessità di distinguere nettamente tra l'ordine di ripristino e la sua esecuzione, mettendo in evidenza il collegamento procedimentale¹⁴ esistente fra un procedimento di accertamento-condanna, che si sarebbe dovuto concludere con l'ordine di ripristino – da ricondursi nel novero delle decisioni amministrative – ed un procedimento successivo ed eventuale di esecuzione coattiva dell'ordine di ripristino, che avrebbe avuto esito in un distinto ordine-esecuzione¹⁵.

La decisione di accertamento-condanna assumerebbe la veste della diffida con cui l'amministrazione accerta la difformità tra situazione di fatto e situazione di diritto nella quale si traduce la violazione, eleva formalmente il conflitto tra l'amministrazione ed il privato, proponendo l'osservanza dell'obbligo ed indicando, a tal fine, i comportamenti necessari a ripristinare l'aderenza della situazione di fatto a quella di diritto. In altri termini, la diffida nel procedimento a tutela dei beni pubblici non sarebbe atto interno al procedimento di esecuzione, ma autonomo provvedimento che «costituisce» quel particolare tipo di inadempimento cui si collega l'esercizio dell'autotutela esecutiva¹⁶.

2.1. *Procedimento ablatorio personale. La nozione di ordine amministrativo. Sua distinzione dalla nozione di diffida*

Aderendo all'indirizzo più estensivo di teoria generale¹⁷, il quale individua nelle infrazioni a precetti impositivi di doveri e di obblighi (non strumentali) un elemento formale, consistente nell'inosservanza del precetto ed un elemento sostanziale, consistente nella turbativa (o nel pericolo di turbativa) di taluni interessi¹⁸, con riferimento alle infrazioni a precetti amministrativi, Massimo Severo

¹² F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit., 550.

¹³ Cfr. S. CASSESE, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 340.

¹⁴ S. CASSESE, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 330.

¹⁵ S. CASSESE, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 331.

¹⁶ A. BRANCASI, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, vol. V, 82.

¹⁷ E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XX, 112 ss.

¹⁸ E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito*, cit., 112 ss.

Giannini richiamava l'attenzione sulla scelta compiuta dal legislatore che, ponendo l'accento talvolta sull'elemento formale, talaltra su quello sostanziale, giungeva ad adottare, di conseguenza, strumenti diversi, risultato di procedimenti ablatori personali¹⁹.

Nell'ampio e disordinato panorama normativo individuava tre possibili casistiche²⁰. Nella prima fattispecie, l'elemento formale dell'infrazione viene esaltato dalla norma e l'infrazione configura un illecito amministrativo che deve essere accertato attraverso il procedimento, alla cui conclusione deve seguire l'irrogazione di una sanzione che è esclusiva manifestazione della potestà punitiva. La seconda evenienza che può verificarsi è caratterizzata dalla compresenza dell'elemento formale dell'infrazione e dell'elemento sostanziale della turbativa degli interessi, senza che si verifichi la predominanza dell'uno sull'altro.

Quando ricorra tale ipotesi, il procedimento è diretto all'accertamento dell'abuso e la sanzione adottata al termine del procedimento, pur traducendosi in una misura affittiva, al pari di ogni sanzione, non dovrebbe essere considerata esercizio d'una mera potestà punitiva, essendo, invece, rivolta a porre rimedio alla turbativa degli interessi. Infine, potrebbe aversi il caso in cui il legislatore non si preoccupi dell'elemento formale dell'infrazione del precetto normativo e rivolga esclusivamente l'attenzione a porre rimedio alla turbativa degli interessi, con la conseguenza che, in tal caso, il procedimento è un procedimento solo esecutivo.

Se si volesse schematizzare il quadro proposto dall'autorevole giurista, si potrebbe così riassumere: 1) infrazione di un precetto normativo che integra un'ipotesi di illecito amministrativo, perseguita con l'irrogazione di una sanzione punitiva, la quale rappresenta il risultato di un procedimento sanzionatorio; 2) infrazione di un precetto normativo e turbativa di un interesse pubblico, i quali integrano un'ipotesi di abuso che viene perseguito con l'irrogazione di una sanzione affittiva, priva di carattere punitivo e conseguente alla conclusione di un procedimento sanzionatorio esecutivo; 3) infrazione di un precetto normativo alla quale il legislatore non attribuisce in sé rilevanza, ma che ha causato una turbativa di un interesse pubblico, turbativa alla quale si pone rimedio con l'adozione di una misura di esecuzione, risultato di un procedimento esecutivo *tout court*.

Per quanto di interesse rispetto al tema delle misure ripristinatorie, si ritiene opportuno fermare l'attenzione sull'ambito dei procedimenti ablatori aventi carattere personale, in particolare, sui procedimenti sanzionatori esecutivi, i quali vengono instaurati a seguito del compimento di infrazioni, consistenti nell'inservanza di obblighi o di doveri nascenti da norme o da provvedimenti amministrativi, le quali non sono qualificabili in termini di illeciti amministrativi.

Con riguardo a tale tipologia di procedimenti, è stata proposta una distinzio-

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 1305.

²⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 1305 e 1306.

ne²¹ che, in prospettiva di alcune considerazioni che si intende svolgere con riguardo ai provvedimenti ripristinatori, appare di grande utilità. Si è distinto tra i casi nei quali le norme fanno derivare dall'inosservanza dell'obbligo o del dovere la comminatoria di una sanzione indiretta, che non comporta, cioè, l'instaurazione di appositi procedimenti di applicazione di sanzioni, e si traduce, invece, nell'imposizione di uno svantaggio a carico dell'inadempiente (perdita di un possibile beneficio, soggezione specifica a speciali poteri inquisitori dell'autorità etc.) e casi nei quali viene svolto un procedimento che è destinato non tanto a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione e che si traduce, nella maggior parte delle evenienze, nel ritiro di provvedimenti autorizzatori e concessori e in ordini repressivi.

Si rende, ora, necessario richiamare, seppur brevemente, il concetto di ordine amministrativo. L'ordine amministrativo viene qualificato come il più tipico provvedimento amministrativo destinato ad incidere sul rapporto autorità-libertà²², oltre che manifestazione tangibile di come la posizione di supremazia generale che riveste la pubblica amministrazione nei confronti degli amministrati possa raggiungere la sua maggiore intensità²³.

Tra coloro che per primi si sono preoccupati di delineare una nozione di ordine amministrativo vi è chi²⁴ ha ritenuto che sussista in via generale una potestà ordinatoria amministrativa, in virtù della quale l'ordine amministrativo potrebbe definirsi come una dichiarazione di volontà, emessa da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio della potestà ordinaria amministrativa, diretta ad imporre ad un soggetto passivo obblighi immediati e diretti, previa la comminatoria di una misura giuridica in caso di disobbedienza²⁵.

In senso contrario, è stato affermato che non si potrebbe parlare di potestà ordinatoria intesa come potestà generale, in quanto esisterebbero potestà di emettere ordini comprese nelle funzioni specifiche della pubblica amministrazione²⁶.

Affinché l'autorità amministrativa possa emettere un ordine amministrativo è necessaria la sussistenza di una norma legislativa o regolamentare che le attribuisca tale potestà in modo espresso o in modo implicito²⁷.

²¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 1311 e 1312.

²² Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 71 ss.

²³ F. BASSI, voce *Ordine (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, vol. XXX, 995, secondo cui nella stessa legge che conferisce ad un'autorità amministrativa il potere di emanare un provvedimento costituente la fonte di un obbligo a carico del destinatario si configura una posizione di sovraordinazione a favore dell'autorità amministrativa e correlativamente una posizione di soggezione in capo al cittadino.

²⁴ L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, 8 ss., ID., *Ordine amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, vol. XII, 107 ss.

²⁵ In tal senso L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, cit., 68.

²⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 1185 ss.

²⁷ F. BASSI, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 998. Si avrà attribuzione implicita della potestà ordi-

Del procedimento ablatorio personale che può concludersi con l'adozione di un ordine amministrativo sono state evidenziate alcune caratteristiche.

In primo luogo, con riguardo alla fase di avvio del procedimento ablatorio personale, è stato osservato come generalmente la stessa origini dall'autorità amministrativa²⁸, ben potendosi avere casi di procedimenti ablatori personali nei quali l'avvio del procedimento consegue ad una istanza di terzo (il proprietario confinante con una costruzione abusiva che chieda l'adozione dell'ordine di demolizione) o di un'altra autorità pubblica²⁹.

Una caratteristica rilevante dell'ordine e delle misure di ripristino che attraverso l'ordine si estrinsecano è rappresentata dalla imputabilità dello stesso ai soggetti che siano in grado, per la posizione che rivestono, di soddisfare l'interesse pubblico specifico in funzione del quale il provvedimento amministrativo (ordine) è stato adottato.

A tal proposito, si avrà modo di mettere in evidenza come i soggetti chiamati a dare esecuzione alle misure di ripristino siano soggetti che si trovano in un rapporto qualificato con la *res*. Si pensi, come si preciserà nel capitolo dedicato alle misure riparatorie per le ipotesi di lesione arrecata ad un bene culturale, alla possibilità riconosciuta dalla giurisprudenza che l'ordine di reintegrazione del bene culturale sia impartito nei confronti, non solo di chi è proprietario del bene, ma anche di chi ne sia detentore e possessore, nei confronti di chi, cioè, in virtù di un qualificato rapporto con la *res* possa operare per il ripristino della stessa. Ancora si può porre mente alle questioni dibattute dell'imposizione dell'ordine di demolizione in capo al proprietario incolpevole e dell'adozione nei confronti del proprietario incolpevole dell'obbligo di predisporre le misure di ripristino ambientale³⁰.

Inoltre, proprio la rilevanza della disponibilità della *res*, che deve essere oggetto di attività di ripristino, quale requisito necessario al fine di impartire l'ordine ripristinatorio, spiegherebbe l'irrilevanza dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa relativamente al comportamento del soggetto che sia, al tempo stesso, titolare di diritti inerenti alla *res* e autore dell'infrazione.

Nello svolgimento della fase istruttoria del procedimento ablatorio personale, all'autorità amministrativa deve essere riconosciuto un ampio potere inquisitorio³¹, di modo che sia consentito alla stessa di acquisire tutti i dati conoscitivi necessari per una valutazione degli interessi in gioco che renda possibile pervenire

natoria solo quando tale potestà attribuita da una norma ad un organo amministrativo sia conformata in modo tale da rendere evidente che per il soddisfacimento dello specifico interesse pubblico affidato alle cure di detto organo l'ordinamento giuridico consente, se necessario, anche l'emanazione di un ordine amministrativo.

²⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 1188 ss.

²⁹ F. BASSI, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 999.

³⁰ Si rinvia ai capitoli 4 e 5 del presente lavoro.

³¹ Cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 369 ss.