

La logica dei provvedimenti ripristinatori

Cosimo Gabbani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le fattispecie presupposto dei provvedimenti ripristinatori: fra regolazione delle attività e tutela pubblica dei beni. – 3. Le diverse anime delle fattispecie ripristinatorie: i criteri d'imputazione della responsabilità. – 4. L'omogeneità funzionale dei provvedimenti ripristinatori. – 5. Il provvedimento ripristinatorio come «provvedimento costitutivo di obblighi» ex art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990. – 6. Spazi di scelta nel procedimento ripristinatorio. – 7. La partecipazione nel procedimento ripristinatorio. – 8. La possibilità di procedere ad accordi integrativi del provvedimento ripristinatorio. – 9. Conclusioni: il provvedimento ripristinatorio come strumento di gestione partecipata dell'abuso.

1. *Introduzione*

I provvedimenti ripristinatori¹ rappresentano un episodio della dialettica fra autorità e libertà² tipico del diritto amministrativo perché, senza il previo controllo di un giudice³, essi incidono imperativamente⁴ sulla posizione giuridica della persona e sono eseguiti, ove la legge lo preveda, direttamente dalla pubblica amministrazione⁵. Muovendo da questa premessa, è sembrato interessante cerca-

¹ I provvedimenti ripristinatori vengono di norma studiati o per distinguerli dalle sanzioni amministrative o in tema di esecuzione amministrativa, come si chiarirà meglio *infra*. Ad oggi, l'unico lavoro monografico sul tema è: A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, Torino, 2018.

² M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967, vol. III, 94-97.

³ È il tema classico dell'autotutela amministrativa: G. Corso, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in a cura di S. Cassese, *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, vol. I, 609 e ss.

⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 279. Sugli sviluppi in chiave problematica del tema v. B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 e ss.

⁵ S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 2, 173 e ss.

re di ricostruire la logica del provvedimento ripristinatorio attraverso un bilanciamento fra le esigenze di risultato⁶ e le garanzie procedimentali della persona.

La questione che si vuole analizzare non è del tutto nuova e in dottrina sono già state segnalate alcune criticità in merito ai procedimenti e ai provvedimenti ripristinatori: v'è chi ha posto l'attenzione sul rispetto del principio di legalità⁷, altri hanno denunciato l'inadeguatezza del procedimento ripristinatorio, per come interpretato dalla giurisprudenza, a garantire una partecipazione difensiva dell'interessato⁸; infine, vi sono coloro che hanno visto nel provvedimento ripristinatorio uno strumento troppo rigido per assicurare l'adattamento del provvedimento al caso concreto e, quindi, l'effettivo raggiungimento del risultato utile⁹.

Queste riflessioni si inseriscono in un contesto legislativo che, tuttavia, non accenna a togliere fiducia alle misure ripristinatorie nonostante gli evidenti problemi di effettività¹⁰ riconducibili non solo agli ingenti costi che il ripristino comporta¹¹, ma anche a problemi sistemici¹² riconducibili al tema dell'allocazione dei poteri di controllo e di decisione sull'adozione delle misure di ripristino, alla questione della cattura del regolatore¹³ e al problema dell'accettabilità sociale¹⁴ della soluzione ripristinatoria laddove siano in gioco interessi sensibili come il diritto

⁶ M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 825 e ss.

⁷ A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 638 e 644, in particolare nota 37 e G. Grüner, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. amm.*, 2011, 2, 273 e ss.

⁸ M. Allena, *Art. 6, procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 196.

⁹ G.D. Comporti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, 1, 464 e ss. e Id., *Il danno ambientale e l'operazione rimediabile*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 124-129.

¹⁰ O.M. Calzolaro, *La competenza in materia edilizia*, in a cura di F.F. Tuccari, S. Toschei e A. Cagnazzo, *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, 2014, 62-64; R. Lombardi, *Effettività delle sanzioni edilizie, riparto di competenze ed esercizio dei poteri sostitutivi: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 3, 147 e ss.; P. Stella Richter, *Sulla (in)effettività delle sanzioni edilizie e urbanistiche*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2010, 2, 353 e ss.; L. Cuocolo, *L'apparato sanzionatorio nel Testo Unico d.lg. 490/1999: profili di "drafting" formale e sostanziale*, in *Aedon*, 2001, 2, consultabile presso: <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2001/2/cuocolo.htm#5> e D.M. Traina, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 353 e ss. In generale sul tema dell'effettività del diritto cioè della sua capacità di tradursi in fatto (questione centrale con riferimento alle misure ripristinatorie) v. G. Gavazzi, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, 1989, XIII, 1 e ss. e, con riferimento al diritto punitivo, v. C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, *passim*. Si rammenta che la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19 dicembre 1983 recante «Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative» considera ai paragrafi 3.1.2., 3.1.3 e 3.1.4. l'effettività della sanzione amministrativa rispetto a quella penale.

¹¹ Tali costi gravano in prima battuta in capo alle stesse pubbliche amministrazioni qualora esse procedano direttamente ad eseguire le opere di ripristino.

¹² A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, cit., 2014, 4, 635.

¹³ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 43-44. È opinione diffusa, ad esempio, che i comuni siano troppo "vicini" agli interessi dei cittadini amministrati per effettuare un controllo effettivo ed imparziale sul rispetto della disciplina urbanistico-edilizia v. R. Lombardi, *Effettività delle sanzioni edilizie, riparto di competenze ed esercizio dei poteri sostitutivi: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 147 e ss.

¹⁴ Parla di accettabilità della norma giuridica: E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità orizzontale*, Pisa, 2010, 290.

all'abitazione¹⁵ cui si ricollega anche il tema del c.d. abuso di necessità¹⁶. Si assiste, anzi, a tentativi legislativi di miglioramento dell'effettività del rimedio ripristinatorio che vanno da una valorizzazione della doverosità dell'attivazione dei poteri di ripristino, come avvenuto nei settori dell'edilizia e del paesaggio, ove si è precisato che può farsi luogo alla misura alternativa del pagamento di una somma di denaro solo quando il ripristino sia tecnicamente impossibile¹⁷, sino ad una complessa ristrutturazione dell'intero procedimento ripristinatorio, integrato, in alcuni casi, da moduli consensuali tesi a facilitare l'esecuzione spontanea del provvedimento, come avvenuto nel settore del diritto amministrativo dell'ambiente¹⁸.

Alla luce di questi indirizzi di politica del diritto si è cercato di proporre una lettura innovativa del provvedimento ripristinatorio, ritenendo che le sue funzioni non si limitino ad accertare uno stato di fatto contrario a diritto, comandando di riportare la realtà al rispetto del modello normativo. Il provvedimento ripristinatorio, infatti, deve anche programmare l'esecuzione del ripristino prendendo in considerazione sia l'interesse dell'obbligato ad adempiere in maniera per lui sostenibile sia le circostanze peculiari del caso concreto, in modo tale da rendere più agevole il raggiungimento del risultato di pubblico interesse attraverso l'adempimento spontaneo¹⁹.

Per determinare l'ambito d'indagine, si è rivelato necessario cercare di definire una categoria sufficientemente unitaria di procedimenti e provvedimenti ripristinatori. Questo tentativo definitorio è apparso giustificato perché gli interventi dottrinali in tema di provvedimenti ripristinatori sono difficilmente riconducibili a sistema²⁰, occupandosi, alcuni, della distinzione fra questi ultimi e le sanzioni amministrative²¹, altri del ruolo che il provvedimento ripristinatorio assume all'interno dell'esecuzione amministrativa²².

¹⁵ G. Scotti, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, 18 settembre 2015, in www.forumcostituzionale.it, consultabile presso: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/10/scotti.pdf>.

¹⁶ Respinge la configurabilità di un abuso di necessità rilevante per il diritto amministrativo T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 8 gennaio 2016, n. 17 in www.giustizia-amministrativa.it. La Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dà tutela, invece, all'abuso di necessità per mezzo dell'art. 8 della Convenzione EDU cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, *Ivanova and Cherkov v. Bulgaria*, n. 46577/15, consultabile presso: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{"itemid":\["001-162117"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{)

¹⁷ Innovazione introdotta già con la l. 47/1985 cfr., ad esempio, l'art. 9.

¹⁸ G.D. Compoti, *Il danno ambientale e l'operazione rimediabile*, cit., 117 e ss.

¹⁹ J.T. Scholz, *Voluntary compliance and Regulatory enforcement*, in *Law and Policy*, 1984, 10, 385.

²⁰ B. Cavallo Perin, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in, a c. di G. Santaniello, *Trattato dir. amm.*, Padova, 1993, vol. III, 105.

²¹ C.E. Paliero e A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, 1989, vol. XLI, 355-357.; M.A. Sandulli, voce *Sanzione IV, sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, 1992, vol. XXVIII, 2.; E. Casetta, voce *Sanzioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, vol. XII, 599; S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, in (a cura di) A. Cagnazzo e S. Toschei, *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 333 e ss.

²² F. Benvenuti, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, 1959, vol. V, 553 e ss.; C. Carbone, voce *Esecuzione (atto amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, 412 e ss.; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 433 e ss.; G. Sacchi Morsiani, *L'esecuzione delle pretese amministrative (parte generale)*, Padova, 1977, pas-

Da questo problema ricostruttivo²³ deve prendere avvio l'indagine sulla logica dei provvedimenti ripristinatori.

2. *Le fattispecie presupposto dei provvedimenti ripristinatori: fra regolazione delle attività e tutela pubblica dei beni*

In apertura al paragrafo dedicato alla ricostruzione di un modello teorico cui ricondurre i provvedimenti ripristinatori è necessario dar conto della *vexata quaestio* sulla distinzione fra provvedimenti ripristinatori e sanzioni amministrative.

Il dibattito sulla riconducibilità dei provvedimenti ripristinatori al *genus* delle sanzioni amministrative rappresenta un tema classico del diritto amministrativo²⁴. L'opinione largamente prevalente²⁵ e del tutto condivisibile – sebbene il *nomen iuris* di sanzioni ripristinatorie sia entrato nell'uso comune²⁶ e utilizza-

sim; G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, 1989, XIV, 1 e ss.; G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1991, VI, 141 e ss.; F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, *passim*; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in a cura di S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, vol. I, 854-856; M. D'Angelosante, *L'Azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 723 e ss. e G. Grüner, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*.

²³ Si segnala che le soluzioni raggiunte in questo scritto sono sostanzialmente concordi con la ricostruzione dell'istituto proposta da A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 9 e ss.

²⁴ Oltre alle voci enciclopediche o di trattato segnalate alla nota 21 e 22 danno conto di questo dibattito: A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative*, in Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1980, Milano, 1982, 125-128. L'A. sostiene la natura sanzionatoria dei provvedimenti di ripristino così anche sembra S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, cit., 333-335. Parla di procedimenti sanzionatorio-esecutivi M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 823-827. Sostengono l'idea della natura esecutiva di questi provvedimenti: A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 12 e 208-210 e C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989, 43-46; in questo senso, più di recente, cfr. anche P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 4; molto lucida la disamina di R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013, consultabile presso: <http://www.jusforyou.it/media/obj/vmpcfywjqqmug4budd2.pdf>; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, 72-73 e, infine, A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 19-28.

²⁵ Autorevolmente sostenuta da: C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 43-46.

²⁶ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 174 e in giurisprudenza v. T.a.r., Toscana, Firenze, sez. II, 11 novembre 2015, n. 1546, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 318 in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 2, 282.

to dallo stesso legislatore²⁷ – è che i provvedimenti ripristinatori non abbiano la stessa funzione²⁸ delle sanzioni amministrative.

Mentre la funzione delle sanzioni amministrative, anche non pecuniarie²⁹, sarebbe quella di punire uno specifico soggetto per il compimento di un illecito amministrativo³⁰, la funzione del provvedimento ripristinatorio sarebbe solamente quella di riparare in forma specifica la materiale lesione dell'interesse pubblico compromesso³¹ prolungando, per così dire, i poteri di cura diretta dell'interesse pubblico. Da questa differenza funzionale, secondo la giurisprudenza, consegue che mentre il soggetto colpito da una sanzione amministrativa è titolare di una situazione di diritto soggettivo, il soggetto destinatario del provvedimento di ripristino, invece, si trova in una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo³².

Questa distinzione consolidata fra misure ripristinatorie e sanzioni amministrative potrebbe essere messa in crisi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha considerato "sanzione penale", a fini convenzionali, un ordine di demolizione in ragione dell'afflittività concreta della misura³³, anche se, sul punto, non sembra essersi formata una giurisprudenza convenzionale uniforme³⁴. Si registra, infatti, in certi casi, una qualificazione delle misure ripristinato-

²⁷ Il legislatore tratta delle misure ripristinatorie al capo II, intitolato: "Sanzioni" del titolo IV dedicato alla "vigilanza" del t.u. edilizia.

²⁸ Per uno studio generale sulla distinzione fra sanzioni in termini di funzione v. T. Padovani, *Lectio brevis sulla sanzione*, in, a c. di F.D. Busnelli e G. Scalfi, *Le pene private*, Milano, 1985, 56-57.

²⁹ M.A. Sandulli e A. Leoni, *Sanzioni non pecuniarie della pa*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, consultabile presso: [http://www.treccani.it/enciclopedia/sanzioni-non-pecuniarie-della-p-a_\(Il-Libro-del-l'anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/sanzioni-non-pecuniarie-della-p-a_(Il-Libro-del-l'anno-del-Diritto)/).

³⁰ C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 133 e ss. e E. Casetta, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, VIII, 89 e ss.

³¹ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-210.

³² Cass. civ., sez. un., 26 aprile 1977, n. 1557, in *Giust. civ.*, 2, I, 344 e ss. e Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 1978, n. 926, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, 4-5, I, 690 e ss. V. anche nota di C.M. Barone a Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1978, n. 926, in *Foro it.*, 1978, I, 1174 e ss. V. anche Trib. Firenze, 20 giugno 1978, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, 724 e ss. con nota di M.A. Sandulli, *In tema di diritti e interessi di fronte al potere di sanzione amministrativa*. Critica le motivazioni addotte dalla giurisprudenza per giustificare questa distinzione fra le situazioni giuridiche soggettive in gioco E. Cannada Bartoli, nota a Cass. sez. un., 14 febbraio 1964, n. 340, in *Foro amm.*, 1964, I, 465 e *amplius* Id., *Sanzioni amministrative e tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 1980, cit., 159 e ss. Da ultimo, sempre in senso critico rispetto a questa giurisprudenza, si rinvia alle lucidissime osservazioni di G. Severini, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella laguna di Venezia)*, in *Foro amm.* TAR, 2007, 436 e ss. e Id., voce *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, Agg. 2000, V, 1005 e ss.

³³ La Corte EDU ha espressamente qualificato come sanzione penale un ordine di demolizione del manufatto abusivo. Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer v. Belgium*, par. 59-60. Sul punto v. F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, 13

³⁴ Un ordine di demolizione di un manufatto abusivo è, infatti, considerato misura limitativa di un diritto civile v. Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1994, caso n. 19178/91, *Bryan v. The United Kingdom*, par. 38, consultabile presso: <http://hudoc.echr.coe.int>. Sul punto v. M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu, per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 614-615.

rie quali sanzioni penali in ragione del rilevante grado di afflittività da accertarsi nel caso concreto; in altri casi, invece la giurisprudenza convenzionale propone una qualificazione di tali misure come provvedimenti determinativi di diritti civili ai sensi dell'art. 6, co. 1 della Convenzione³⁵. A commento di questa giurisprudenza convenzionale possono proporsi tre riflessioni.

In primo luogo, secondo la prospettazione della Corte costituzionale italiana³⁶, il giudice domestico non può dirsi obbligato dalle non consolidate interpretazioni del diritto convenzionale fornite dalla Corte di Strasburgo nella *subjecta materia*.

In secondo luogo, sul piano della politica del diritto, va preso atto del fatto che una qualificazione in termini di sanzione penale della misura ripristinatoria condurrebbe a risultati contrastanti con la funzione essenzialmente esecutiva di tale misura: si avrebbe, ad esempio, in forza dell'art. 7 della Convenzione, l'irretroattività della legge che introduce la misura ripristinatoria.

Infine preme segnalare che entrambi gli orientamenti giurisprudenziali convenzionali presuppongono una qualificazione delle misure ripristinatorie ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, elemento che induce a valorizzare³⁷, in ogni caso, il regime di contraddittorio fra l'autorità che applica la misura negativa e il cittadino che la subisce³⁸ e un controllo giurisdizionale pieno sulla posizione giuridica incisa dalla misura ripristinatoria³⁹.

Accedendo all'indirizzo maggioritario che mantiene la distinzione sanzioni amministrative e misure ripristinatorie, è necessario, a questo punto, analizzare le fattispecie presupposto dei due differenti effetti pregiudizievoli.

La sanzione amministrativa configura la risposta punitiva ad un illecito amministrativo; la misura ripristinatoria, invece, è la conseguenza di un diverso presupposto i cui elementi costitutivi appaiono vari e difficilmente riconducibili a sistema, dal momento che i procedimenti ripristinatori sono regolati in una miriade di leggi speciali senza che vi sia una disciplina generale della fattispecie ripristinatoria né un modello teorico condiviso di riferimento.

Per individuare gli elementi ricorrenti nel diritto amministrativo speciale che delineano i contenuti della fattispecie ripristinatoria, bisognerebbe che fosse noto⁴⁰ l'*ubi consistam* della conseguenza ripristinatoria. La dottrina giuspubblici-

³⁵ Per una più estesa disamina della materia v. A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 43 e ss.

³⁶ Cort. Cost. 49/2015 consultabile presso: www.cortecostituzionale.it.

³⁷ Ma viene da chiedersi con che grado di vincolatività per l'interprete domestico.

³⁸ A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 45.

³⁹ A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 55 e 63 e ss.

⁴⁰ Almeno seguendo il metodo formale classico di individuazione della disciplina della fattispecie attraverso la qualificazione formale della sua sanzione come accade nel diritto penale ove è il catalogo formale del-

stica⁴¹ ha avuto modo di riflettere in termini di teoria generale sull'effetto ripristinatorio: si è detto, in particolare, che esso implichi la cancellazione delle modificazioni della realtà (giuridica e di fatto) intervenute per effetto di un atto ritenuto non conforme rispetto ad un certo paradigma giuridico. Mentre l'effetto ripristinatorio che cade sulla realtà giuridica è auto-esecutivo, l'effetto ripristinatorio che cade sulla realtà fattuale ha un intrinseco portato esecutivo perché richiede il compimento di un'attività materiale idonea a ricostituire lo stato di fatto esistente prima dell'atto censurato dal diritto.

Un pur incompleto esame del diritto positivo induce a ritenere che l'effetto ripristinatorio, proprio delle misure ripristinatorie, sia quello che cade sulla realtà fattuale e che comporta, quindi, sempre una vicenda esecutiva. Alla luce di questo criterio, sono tutti esempi di prestazioni ripristinatorie: la demolizione⁴², la distruzione⁴³, la rimozione degli effetti materiali di una condotta antiggiuridica⁴⁴, la reintegrazione del danno⁴⁵, la rimozione degli effetti dannosi⁴⁶, la messa in sicurezza⁴⁷, la bonifica del sito inquinato⁴⁸ ed il ripristino naturale⁴⁹. È stato anche osservato che queste finalità provvedimentali vengono tradizionalmente chiamate "ripristinatorie" per la forza d'attrazione culturale che ha esercitato l'art. 378 dell'Allegato F alla l. 2248/1865⁵⁰ che appunto fa riferimento all'ordine di «riduzione al primitivo stato».

Così sommariamente descritto il provvedimento ripristinatorio come selettore, è necessario concentrare l'analisi sulla fattispecie ripristinatoria, operazione che permetterà successivamente di illuminare meglio la stessa funzione del provvedimento ripristinatorio. *In limine*, la fattispecie ripristinatoria è stata definita come «pura infrazione fisica»⁵¹, perifrasi immaginifica che compendia le difficoltà concettuali di individuare i caratteri propri di tale fattispecie. L'apparente

le sanzioni che individua la fattispecie dell'illecito penale. Tale metodo formale è oggi messo in crisi dalla giurisprudenza della Corte EDU.

⁴¹ Per una riflessione molto chiara sull'effetto ripristinatorio in termini di teoria generale v. R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 1227.

⁴² V.R. Speciale, voce *Demolizione*, in *Dig. disc. priv.*, 2011, Agg. 6, 322 e ss. e v. anche S. Bellomia, voce *Urbanistica (sanzioni in materia di)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 883 e ss.

⁴³ A. Brancasi, voce *Distruzione dei beni nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 300 e ss.

⁴⁴ L. Tavormina, *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1, 201 e ss. Sul piano positivo si pensi al provvedimento dell'AGCM che elimina gli effetti della pratica commerciale scorretta, ingannevole o aggressiva di cui all'art. 27 co. 2 del d.lgs. 206/2005.

⁴⁵ Art. 160, d.lgs. 42/2004.

⁴⁶ Art. 19, co. 3, l. 241/1990.

⁴⁷ Art. 240, lett. m, n, o, d.lgs. 152/2006.

⁴⁸ Art. 240, lett. p, d.lgs. 152/2006.

⁴⁹ Art. 302, co. 9, d.lgs. 152/2006

⁵⁰ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 359.

⁵¹ G.D. Compolti, *Il danno ambientale e l'operazione rimediabile*, cit., 139.

reificazione dell'infrazione destava interesse anche presso altri studiosi⁵², i quali osservavano che la misura ripristinatoria «ha per oggetto la *res* allo scopo di ripristinare l'equilibrio materiale o, in altre parole, la legalità materiale (di carattere urbanistico, dei beni culturali e paesaggistici, dell'ambiente ecc.), alterato dalla violazione»⁵³ e presuppone non solo la violazione di un precetto ma anche la lesione materiale dell'ordine e degli interessi – il c.d. «danno materiale»⁵⁴ – che l'amministrazione è chiamata a tutelare in un certo settore.

Autorevole dottrina⁵⁵ ha cercato di fornire alcune chiavi interpretative per comprendere la funzione di questa complessa fattispecie denominata, nella prassi, abuso⁵⁶. Il concetto di abuso⁵⁷, secondo questa ricostruzione, descrive una fattispecie intrinsecamente diversa da quella dell'illecito amministrativo⁵⁸ in cui l'elemento dell'infrazione, intesa come violazione formale di un obbligo, e l'elemento sostanziale della turbativa d'interessi sono presenti entrambi e nessuno prevale.

L'infrazione, più nel dettaglio, consiste in un atto oggettivamente lesivo (anche solo potenzialmente) di un interesse pubblico, protetto da una norma, e il provvedimento ablatorio consiste, specularmente, nell'imposizione di rimuovere le cause o gli effetti della turbativa a carico di colui cui essa è giuridicamente imputata⁵⁹. Secondo questa impostazione, devono distinguersi le fattispecie ripristinatorie a seconda che esse contemplino un previo rapporto amministrativo e, allora, l'ordine di ripristino sarà espressione di quella stessa potestà di cui l'amministrazione è già titolare nel rapporto oppure che non contemplino alcun previo rapporto amministrativo. In quest'ultimo caso la potestà di ordinare il ripristino sarà espressione di una potestà diversa, spesso definita dal legislatore come vigi-

⁵² P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, in a cura di S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Le funzioni di ordine e di benessere*, Milano, 2003, vol. I, 580-583.

⁵³ P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, cit., 580-582.

⁵⁴ P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, cit., 580 e 582. Il termine «danno materiale» è usato per distinguere il concetto in esame dal concetto di danno in senso tecnico. Conforme: L. Tavormina, *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, cit., 201 e ss.

⁵⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 814-819 e 823-827.

⁵⁶ Non sembra pertinente alcun riferimento alla figura dogmatica dell'abuso di diritto, del resto mai richiamata nemmeno da Giannini. Il termine abuso è essenzialmente ripreso dal settore urbanistico-edilizio che rappresenta senz'altro il settore in cui è più diffusa l'applicazione dei provvedimenti ripristinatori.

⁵⁷ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 818. Così anche B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in a cura di G. Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, Torino, 1993, 111-112. Il termine nasce nel settore del diritto urbanistico-edilizio.

⁵⁸ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 816. Più nello specifico, v. E. Casetta, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, VIII, 89 e ss. Si noti però che il legislatore segue talvolta un linguaggio impreciso e parla, ad esempio, di «illecito» al co. 2 dell'art. 27 del t.u. edilizia laddove avrebbe dovuto utilizzare la parola «abuso» o altra perifrasi equivalente.

⁵⁹ Giannini con questa precisazione mette in chiaro che l'ordine di ripristino può non essere indirizzato all'autore dell'infrazione.

lanza⁶⁰, ma in realtà meglio qualificabile come potestà di controllo. In quest'ottica, la sanzione dell'abuso pur rimanendo affittiva, come ogni sanzione, è funzionale anche a porre rimedio alla turbativa di interessi⁶¹. Per questa ragione, i provvedimenti di reazione all'abuso possono definirsi "sanzionatorio-esecutivi" e si distinguono dai provvedimenti solo esecutivi perché questi ultimi hanno unicamente la funzione di porre rimedio alla turbativa d'interessi⁶² indipendentemente dall'accertamento di un'infrazione. Nel *genus* dei provvedimenti sanzionatorio-esecutivi, secondo questa dottrina, rientrano gli ordini repressivi⁶³, esemplificati dall'ordine di demolizione, che ricorrono ogniqualvolta la norma attribuisca all'autorità un potere ablatorio personale al fine di eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione.

Un altro orientamento privilegia nettamente la funzione preparatoria dell'esecuzione dei provvedimenti ripristinatori e quindi ritiene che la funzione dei provvedimenti ripristinatori sia essenzialmente esecutiva. La fattispecie ripristinatoria consiste: «[nel]l'accertamento di una situazione attuale di fatto contrastante con la situazione di diritto, e non [nel]l'accertamento di responsabilità storiche, [rispetto alla] commissione di un'infrazione, come è invece essenziale per l'applicazione di una sanzione amministrativa»⁶⁴.

Secondo questa tesi, si possono dare, su un piano di teoria generale, due modelli di fattispecie ripristinatorie⁶⁵. Il primo modello è costruito sulla figura della reintegrazione in forma specifica del danno e discende dall'art. 2058 c.c. Tale modello presuppone il verificarsi di un atto illecito, «l'accertamento di responsabilità in una logica storica, l'identità fra soggetto obbligato e responsabile dell'illecito, il carattere colposo o doloso della condotta del responsabile»⁶⁶.

Il secondo modello contempla il semplice verificarsi di situazioni pregiudizievoli non legali rispetto ad una situazione giuridica protetta (ad esempio un diritto reale) ed è espressione di un principio generale di tutela delle posizioni giuridiche soggettive che discende dall'art. 872, co. 2, c.c. con l'opportuna precisazione che il diritto pubblico guarda alla protezione di interessi pubblici invece che alla protezione di posizioni giuridiche soggettive. Tale modello «non richiede l'accertamento di particolari responsabilità in capo al soggetto obbligato e non

⁶⁰ Si pensi all'art. 27 del d.p.r. 380/2001.

⁶¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 818. L'A. cita, per esemplificare: la revoca della concessione, il ritiro dell'autorizzazione e lo scioglimento del consiglio d'amministrazione.

⁶² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 818.

⁶³ Giannini sembra distinguere fra una funzione repressiva ed una affittiva: v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 825.

⁶⁴ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208.

⁶⁵ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-209, n. 7.

⁶⁶ La maggior parte delle fattispecie di questo genere in realtà attribuiscono la responsabilità secondo un criterio oggettivo. Si pensi alla figura dell'operatore professionista che ha causato un danno ambientale la cui responsabilità è attribuita sulla base di un nesso oggettivo ex art. 298 bis, co. 1, lett. a, d.lgs. 152/2006.

richiede neppure l'identificazione del soggetto obbligato alla remissione in pristino con il soggetto che ha realizzato l'edificio in violazione delle prescrizioni sulle distanze ma presuppone semplicemente una certa situazione lesiva di un diritto».

Secondo questa dottrina il diritto pubblico avrebbe operato una commistione fra i due modelli teorici, come dimostra l'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 378 dell'Allegato F della l. 2248/1865. Tale norma, infatti, prevede una misura ripristinatoria legata ad una contravvenzione. La responsabilità in ordine al ripristino dovrebbe, pertanto, imputarsi sulla base di una responsabilità storica e personale. La norma, tuttavia, è stata utilizzata dalla giurisprudenza in presenza di qualsiasi situazione lesiva di un bene pubblico o di una funzione pubblica.

La dottrina in esame rivela una preferenza del diritto pubblico⁶⁷ per imputare la responsabilità in ordine al ripristino secondo logiche di responsabilità da posizione piuttosto che secondo logiche di responsabilità storica. Questa politica del diritto è spiegabile in quanto amplia l'ambito d'applicazione della misura ripristinatoria anche ai casi in cui non sia individuabile l'autore storico dell'infrazione con ciò tutelando, in ogni caso, l'interesse pubblico leso. Attraverso la responsabilità da posizione, infatti, la pubblica amministrazione non è gravata dal rischio da mancata individuazione del responsabile del danno⁶⁸ ma solo dal rischio da inadempimento.

Bisogna chiedersi, tuttavia, se le scelte del legislatore siano dettate solo da criteri di effettività per la tutela dell'interesse pubblico o siano, viceversa, obbligate quando le misure ripristinatorie sono utilizzate come strumento di tutela di beni⁶⁹. Inducono ad approfondire questa linea di ricerca almeno tre suggestioni: a) oggetto della prestazione ripristinatoria in quanto essa intende incidere sulla realtà materiale è tendenzialmente una cosa⁷⁰; b) spesse volte è tenuto responsabile del ripristino il proprietario di un bene; c) la maggior parte dei procedimenti ripristinatori sono disciplinati proprio nei settori di regolazione pubblicistica dei beni⁷¹.

Nella direzione da ultimo tracciata, un notevole contributo teorico allo studio delle fattispecie ripristinatorie giunge da coloro che hanno operato una distinzione fra l'attività antigiuridica e la *res illicita*⁷².

⁶⁷ Bisogna parlare di preferenza perché il diritto pubblico conosce provvedimenti ripristinatori che seguono in maniera aderente il modello dell'art. 2058 c.c. come, ad esempio, l'ordinanza di ripristino del danno ambientale ex art. 313, d.lgs. 152/2006.

⁶⁸ Si pensi all'importanza dell'esclusione di questo rischio nel settore della bonifica del sito inquinato.

⁶⁹ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 303-304.

⁷⁰ S. Pugliatti, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1959, IV, 186. L'A. osserva: «l'esecuzione forzata tendenzialmente si rivolge alle cose, o direttamente o mediatamente.» Però bisogna avvertire che il ripristino potrebbe anche riguardare, e in certi settori riguarda, un comportamento umano, una pratica commerciale, etc.

⁷¹ Uno dei migliori studi sui procedimenti ripristinatori si deve ad un'opera in tema di beni pubblici. V. S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 320 e ss.

⁷² V. P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 152 ss. e D. Corletto, voce *Opere abusive (edilizia e urbanistica)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, 325.

Si osserva che la situazione di fatto non conforme a diritto che, in ogni caso, rappresenta il nucleo duro della fattispecie ripristinatoria, può discendere sia dalla violazione di norme che disciplinano attività riguardanti l'uso o la trasformazione di cose, sia da norme che intendono conformare i connotati fisici delle cose⁷³ affinché esse possano essere considerate beni in senso giuridico.

Secondo un'accurata analisi possono darsi due casi⁷⁴: a) la situazione anti-giuridica deriva dalla violazione di disposizioni che subordinano al consenso dell'amministrazione la trasformazione di una cosa, qualunque siano i risultati materiali. Quello che rileva è l'infrazione di una norma che regola il modo di essere di un'attività indipendentemente dai risultati materiali sulla cosa. L'ordine di ripristino, in questi casi, è un atto d'esercizio di autotutela decisoria rivolto alla rimozione degli effetti, qualunque essi siano, dell'attività di trasformazione illecita. Le fattispecie presupposto degli ordini di ripristino in materia urbanistico-edilizia, laddove si censura l'assenza di una previa autorizzazione, appartengono a questa prima categoria⁷⁵. b) Il secondo caso contempla una norma che predetermina un modello legale delle caratteristiche che una cosa, per essere considerata bene, deve possedere. Se nella realtà essa ha caratteristiche diverse da quelle previste dall'ordinamento, la cosa stessa diviene anti-giuridica e deve essere trasformata per mezzo del provvedimento ripristinatorio.

Questo secondo modello di fattispecie può essere distinto in due sotto-categorie: b 1) da una parte, si dà il caso in cui la fattispecie, per così dire, fotografa la realtà esistente e consideri come anti-giuridica ogni modificazione delle caratteristiche della cosa che la allontanino dallo stato in cui si trovava e che è stato riconosciuto dalla legge (è il caso delle fattispecie che tutelano il paesaggio e i beni culturali); b 2) dall'altra, si dà il caso in cui la fattispecie non si riferisca ad uno stato di fatto preesistente assunto nella fattispecie, ma crei un modello legale in

⁷³ V. A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305-306. Conforme: V. Caputi Jamberghi, voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1987, vol. II, 315-316. L'A. scrive: «la polizia amministrativa dell'uso dei beni pubblici è da distinguere concettualmente rispetto all'attività mirante alla tutela del bene e alla sua conservazione (autotutela demaniale: cfr. art. 823, comma 2, c.c.). Non sempre, però, nel concreto esercizio dei rispettivi poteri la distinzione è agevolmente individuabile» e prosegue osservando che «la polizia degli usi (non meno che l'autotutela del bene quanto alla sua consistenza) è disciplinata talvolta da norme che prevedono infrazioni a condotta libera ovvero (soltanto) causalmente orientata, come nel caso del vigente art. 1 del precedente c. str. t.u. 8 dicembre 1933, n. 1740, che vieta l'invasione (oltre che il danneggiamento e l'alterazione della forma) delle strade pubbliche». Ancora, pone la questione di distinguere il piano della regolazione dell'attività da quello della disciplina del bene S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 286-291.

⁷⁴ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305-306. L'ipotesi però non abbraccia tutti i casi possibili di misura ripristinatoria in quanto non si attaglia alle fattispecie pubblicistiche costruite sul modello del risarcimento in forma specifica del danno ma presuppone sempre che oggetto dell'attenzione del legislatore sia un bene materiale.

⁷⁵ Si pensi all'intervento edilizio realizzato in assenza di titolo abilitativo ex art. 31, co. 2, d.p.r. n. 380/2001.

tutto o in parte alternativo allo stato di fatto esistente, indicando le qualità che la cosa deve avere.

Per disciplinare i due casi *sub b)*, l'ordinamento conosce due tecniche di costruzione della fattispecie: in primo luogo, la fattispecie può regolare le trasformazioni apportabili al bene in funzione dei risultati che l'attività di trasformazione deve raggiungere indicando, quindi, le caratteristiche finali che il bene deve possedere: è il caso della disciplina antisismica⁷⁶.

In secondo luogo, la fattispecie può prefigurare determinate caratteristiche fisiche che la cosa deve avere e considerare come anti-giuridica la cosa in sé, a prescindere da qualsiasi attività ad essa attinente, che non presenti tali caratteristiche. In questo modo non si vuole regolare l'attività di uso o trasformazione della cosa ma conformare il diritto reale sul bene indicando sulle norme che qualificano la cosa come bene.

Da ciò discende che l'ordine di ripristino, nel primo caso, è espressione di un potere d'autotutela decisoria funzionale a ripristinare lo stato di fatto conforme a diritto precedente alla realizzazione dell'attività illecita. In quest'ipotesi, il provvedimento ripristinatorio si limita a riproporre l'effetto già previsto a monte dalla legge o da altro provvedimento amministrativo.

Nel secondo caso, invece, non v'è alcun obbligo violato, ma la situazione anti-giuridica starebbe soltanto nel modo di essere della cosa: l'ordine di ripristino costituisce il vero e proprio obbligo primario attraverso il quale vengono prescritte le caratteristiche che la cosa dovrebbe avere. Sono esempi di questa seconda ipotesi: l'ordine di distruzione di un alimento nocivo per la salute⁷⁷ oppure l'ordine di tinteggiare le facciate di beni culturali immobili in maniera tale da assicurare l'armonia delle facciate⁷⁸.

La conclusione cui giunge la dottrina in esame è che i provvedimenti conformativi, da ultimo descritti, non siano provvedimenti ripristinatori. Sarebbero provvedimenti ripristinatori solamente quelli espressione di un potere d'autotutela decisoria che reagiscono alla violazione di un obbligo primario; non lo sarebbero, invece, i provvedimenti conformativi di beni. Inoltre si sottolinea che i due casi hanno referenti costituzionali diversi. Mentre per il provvedimento ripristinatorio in senso proprio il parametro generale di legittimità costituzionale

⁷⁶ La dottrina in commento sostiene che tale tecnica normativa non sia in grado di assicurare effettività né al modello legale vigente al momento della trasformazione né a quello vigente al momento dell'adozione della misura ripristinatoria perché il bene poteva essere difforme dal modello legale già prima della sua trasformazione; mentre, per altro verso, lo stesso modello legale può avere subito modificazioni nel periodo intercorrente fra la trasformazione e il ripristino.

⁷⁷ Art. 16, l. 283/1962.

⁷⁸ Art. 154, co. 1, d.lgs. 42/2004.

dovrebbe essere l'art. 23 Cost.; per i provvedimenti conformativi, invece, i referenti costituzionali dovrebbero essere le norme di cui all'art. 42, co. 2 e 3 Cost.

In sostanza, la dottrina in commento finisce col sostenere che i provvedimenti conformativi possano avere un contenuto sostanzialmente espropriativo. La conclusione, tuttavia, non convince. Se è corretto sostenere che debbano essere rispettate le guarentigie di cui all'art. 42, co. 2, Cost., non si vede, tuttavia, come possa parlarsi di provvedimenti sostanzialmente espropriativi. Il provvedimento conformativo, infatti, non colpisce direttamente il singolo diritto reale sul bene ma opera in base alla predeterminazione di una categoria (generale ed astratta) di beni viziati che debbono essere modificati/distrutti, senza pertanto integrare l'ipotesi del provvedimento sostanzialmente espropriativo.

Inoltre, l'orientamento appena riportato, pur molto raffinato, non sembra prendere in considerazione due fattori che invece pare opportuno valutare attentamente per studiare la fattispecie ripristinatoria nel suo complesso.

In primo luogo, non si è tenuto conto dei meccanismi di imputazione della responsabilità in ordine al ripristino che invece costituiscono un elemento imprescindibile della fattispecie.

In secondo luogo, non si è tenuto conto del fatto che il provvedimento ripristinatorio ha sempre efficacia obbligatoria⁷⁹ e mai ablativa di un diritto reale.

Questi aspetti verranno partitamente trattati nei successivi due paragrafi.

3. *Le diverse anime delle fattispecie ripristinatorie: i criteri d'imputazione della responsabilità*

Due sembrano essere le tipologie di fattispecie ripristinatoria: quelle che si occupano delle conseguenze materiali di un'attività illecita e quelle che si occupano di tutelare la consistenza materiale di beni, pubblici o privati, sottoposti a regolazione pubblicistica.

L'ordinamento conosce fattispecie ripristinatorie in cui la situazione di fatto antigiusuridica è il risultato materiale, causalmente riconducibile ad un atto illecito pericoloso⁸⁰ o dannoso⁸¹ –, imputato secondo una regola di responsabilità stori-

⁷⁹ L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli e U. Natoli, *Diritto civile. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1987, vol. 1, 895.

⁸⁰ Art. 304, co. 3, d.lgs. 152/2006.

⁸¹ Si pensi ai provvedimenti ripristinatori in materia ambientale ispirati al principio «chi inquina paga»: art. 192; art. 305, co. 2, lett. b e 313, d.lgs. 152/2006.

ca, più spesso secondo un criterio di responsabilità oggettiva⁸² e, meno frequentemente, secondo forme di responsabilità da dolo o colpa⁸³.

In queste ipotesi, il provvedimento ripristinatorio trova le proprie radici nell'art. 2058 c.c.⁸⁴ ma già si distanzia notevolmente da tale modello per la valorizzazione della componente esecutiva. L'imputazione delle conseguenze obbligatorie in base alla ricostruzione del nesso causale consente al provvedimento di assolvere anche ad una funzione deterrente⁸⁵ ma il prevalere della funzione esecutiva si riconosce laddove si prescinde dall'accertamento del requisito soggettivo ed ancora laddove l'ordinamento non consente il mutamento dell'obbligo del risarcimento in forma specifica in risarcimento per equivalente, qualora il primo risulti eccessivamente oneroso per il debitore come, invece, prevede l'art. 2058 c.c.

Si è opportunamente osservato⁸⁶ come la *ratio* che qualifica questa prima logica dei provvedimenti ripristinatori sia quella di affidare alla pubblica amministrazione un compito di polizia amministrativa⁸⁷ che consiste nella tutela (preventiva e successiva) della sicurezza pubblica rispetto ai pericoli e ai danni che certe attività rischiose possono arrecare alla società indirizzando, al contempo, grazie alla funzione anche deterrente, tali attività verso forme meno rischiose d'esercizio.

Esiste, tuttavia, un'altra logica dei provvedimenti ripristinatori in cui la situazione anti-giuridica che origina l'obbligo di ripristino nasce dalla contrarietà di una cosa, nella sua consistenza attuale, al parametro normativo che determina le caratteristiche che quella cosa deve presentare per essere considerata dall'ordinamento come bene⁸⁸. Queste fattispecie possono ignorare completamente il compimento di un'infrazione e prescrivere, dato un certo stato di fatto della cosa, che il provvedimento costituisca un obbligo ripristinatorio. In questo caso i provvedimenti ripristinatori tendono a conformare la consistenza materiale del bene⁸⁹

⁸² È il caso del danno ambientale cagionato da colui che esercita un'attività professionale ex art. 298 bis, co. 1, lett. a, d.lgs. 152/2006.

⁸³ È il caso del danno ambientale cagionato da colui che svolge un'attività non professionale ex art. 298 bis, co. 1, lett. b, d.lgs. 152/2006.

⁸⁴ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-210, in particolare nota 7. Travi riteneva che l'art. 2058 c.c. fosse solo un modello teorico, ma che i provvedimenti ripristinatori positivi fossero essenzialmente costruiti sul modello dell'art. 872 c.c. Si rammenti però che Travi scriveva prima dell'introduzione legislativa della disciplina sul danno ambientale.

⁸⁵ M. Franzoni, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Res civ.*, 2008, 4, 294 e ss. e F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 4, 909 e ss.

⁸⁶ E. Ferrari, *Amministrative di ripristino*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 5, 218-220.

⁸⁷ G. Manfredi, *La nozione di polizia amministrativa nell'ordinamento italiano*, in *JUS-publicum*, Giugno 2011, consultabile presso: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_07_2011_15_27_Manfredi_IT.pdf.

⁸⁸ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305.

⁸⁹ Si pensi all'art. 154, co. 1, del d.lgs. 42/2004 che prevede un potere d'ordine per armonizzare il colore delle facciate di immobili dichiarati bene culturale.

perché prescrivono essi stessi le caratteristiche che la cosa deve avere per essere considerata come bene in senso giuridico.

Infine vi sono (e sono le più comuni) anche fattispecie che prendono in considerazione un'attività di uso e trasformazione della cosa. Tuttavia, vengono qualificati come antiggiuridici non i comportamenti in sé quanto, piuttosto, i risultati delle attività di uso e trasformazione che attribuiscono alla cosa qualità incompatibili con quelle che dovrebbe possedere secondo la disciplina sostanziale del bene⁹⁰.

In relazione ad entrambe queste tipologie di fattispecie, obbligato al ripristino, secondo il modello dell'art. 872 c.c., è (almeno) il titolare di un diritto reale sulla cosa e non il soggetto che ha posto in essere l'attività di uso o trasformazione.

Sembra che questi due elementi – la contrarietà della cosa rispetto alla disciplina giuridica sostanziale del bene e la responsabilizzazione del proprietario del bene indipendentemente da un suo atto illecito – conducano a prendere in considerazione l'ipotesi che la fonte dell'obbligo ripristinatorio debba essere ricercata nella disciplina giuridica della cosa in quanto bene⁹¹: il provvedimento ripristinatorio diviene, così, mezzo d'attuazione della disciplina sostanziale della cosa per essere studiato come strumento di tutela del bene sottoposto a disciplina pubblicistica⁹².

Queste tecniche "reali" di costruzione della fattispecie alleggeriscono la pubblica amministrazione dal rischio di mancata individuazione dell'autore dell'infrazione in modo tale che la pubblica amministrazione possa procedere, in ogni caso, ad esecuzione, anche in forma diretta, garantendo sempre la legalità materiale.

Le fattispecie di questo tipo però non sono in grado di imprimere al provvedimento un'efficacia deterrente perché esso non è indirizzato contro l'autore dell'infrazione.

La soluzione che il legislatore ha tendenzialmente fornito per risolvere questo *trade off* è stata quella di moltiplicare le forme di imputazione della responsabilità in ordine al ripristino. Opzione che se da un punto di vista astratto sembra raggiungere la massima effettività del provvedimento ripristinatorio (che

⁹⁰ Si può pensare all'intervento realizzato in difformità totale o parziale dal permesso di costruire ex art. 31 e 34 t.u. edilizia.

⁹¹ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 303-304. Se la conformazione del diritto reale sul bene è veicolata attraverso la disciplina sostanziale del bene stesso, si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 42, co. 2, Cost.: F. Macario, *Comm. art. 42 Cost.*, in *Comm. Bifulco-Celotto-Olivetti*, Torino, Utet giuridica, 2006, 870-872. In termini generali sul rapporto fra disciplina del bene e conformazione dei poteri del diritto reale v. S. Rodotà, *La proprietà e le proprietà*, in a cura di S. Rodotà, *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977, 287-291.

⁹² Prospettiva fatta propria da S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 320 e ss.

trova sempre e comunque un responsabile), genera tuttavia notevoli incertezze teoriche⁹³ e applicative⁹⁴.

L'ordinamento conosce, quindi, fattispecie che presentano plurimi meccanismi d'imputazione della responsabilità: nel settore urbanistico-edilizio, viene responsabilizzato in ordine alla demolizione sia il proprietario della *res* che il responsabile dell'abuso. Ancora, nel settore dei beni culturali, si ritiene che possano essere tenuti responsabili sia il trasgressore degli obblighi (primari) di protezione e conservazione del bene, sia il proprietario, possessore o detentore della *res*⁹⁵.

Non sembra che queste scelte legislative "acchiappa tutto", sperimentate per massimizzare la tutela esecutiva dell'interesse pubblico leso, possano essere censurate sotto il profilo della legittimità costituzionale sebbene occorra ricordare che il provvedimento ripristinatorio autonomamente conformativo di un bene debba trovare il proprio fondamento costituzionale nella soddisfazione dei requisiti richiesti dalla Carta Costituzionale per la conformazione della proprietà ex art. 42, co. 2, Cost., mentre per il provvedimento ripristinatorio d'autotutela decisoria è sufficiente il rispetto della riserva di legge relativa in base all'art. 23 Cost.

4. *L'omogeneità funzionale dei provvedimenti ripristinatori*

Le fattispecie ripristinatorie, al di là delle differenze riscontrate, prendono sempre in considerazione una situazione di fatto antigiuridica che deve essere modificata⁹⁶. In ogni caso l'*utilitas* cui tende il provvedimento ripristinatorio

⁹³ Deve individuarsi in questa "schizofrenia" dei criteri d'imputazione l'idea, qui non condivisa, che le misure ripristinatorie possano aver funzione punitiva.

⁹⁴ Si veda il contrasto giurisprudenziale sorto in tema di responsabilità del proprietario estraneo all'abuso per la demolizione del manufatto abusivo. V. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 15 giugno 2016, n. 389; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 12 aprile 2012, n. 369, entrambe consultabili presso: www.giustizia-amministrativa.it; v. F. Vetrò, *Comm. art. 31*, in a cura di M.A. Sandulli, *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 758; T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 5 luglio 2011, n. 1051 con nota di S. Bini, *Abusi edilizi realizzati da terzi: il proprietario può rimanere totalmente estraneo?*, in *Urb. e appalti*, 2011, 12, 1480 e ss.; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 26 settembre 2007, n. 2205; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 9 settembre 2003, n. 5081, *Foro amm. TAR*, 2003, 2588. *Contra*: T.A.R. Veneto (Venezia), sez. II, 24 luglio 2017, n. 733, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 4, I, 947; T.A.R. Trentino-Alto Adige (Trento), sez. I, 3 aprile 2017, n. 117 consultabile presso: www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia (Trieste), sez. I, 1 marzo 2017, n. 83, consultabile presso: www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania (Napoli), sez. III, 7 ottobre 2016, n. 4624 in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 5, I, 836; T.A.R. Abruzzo (L'Aquila), sez. I, 3 maggio 2016, n. 273, consultabile presso: www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2015 n. 1927 in *Foro amm.*, 2015, 4, 1113; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 708 e Cons. Stato, sez. VI, 7 aprile 2014, n. 3392 entrambe consultabili presso: www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁵ Per una panoramica sulle forme d'imputazione della responsabilità dell'obbligazione ripristinatoria v. T. Alibrandi e Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 750-751.

⁹⁶ L'opinione è condivisa da: A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-210 e A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305-306.

consiste nella trasformazione di una situazione di fatto antiggiuridica e comporta la modificazione di una o più cose⁹⁷.

Questo tendere dei provvedimenti ripristinatori alla modificazione del fatto perché sia conforme a diritto non può che chiamare in causa il problema dell'esecuzione del provvedimento amministrativo⁹⁸. Occorre chiedersi, dunque, se le tecniche apprestate dall'ordinamento per raggiungere il risultato di pubblico interesse⁹⁹ mutino a seconda che il provvedimento sia espressione di autotutela decisoria o abbia natura autonomamente conformativa di un bene (e quindi, indirettamente, del diritto reale gravante sullo stesso).

La risposta a questo quesito sembra essere negativa perché i procedimenti ripristinatori hanno tutti la medesima struttura procedimentale¹⁰⁰ e il provvedimento ripristinatorio presenta in ogni caso un effetto solamente obbligatorio. Ne consegue che sul piano dinamico, una distinzione fra i provvedimenti ripristinatori non ha ragion d'essere tanto che, per l'appunto, i provvedimenti conformativi o d'autotutela decisoria si servono sostanzialmente dello stesso modello di procedimento amministrativo d'esecuzione.

Per raggiungere il risultato materiale¹⁰¹, il diritto amministrativo contempla, infatti, due procedimenti collegati¹⁰².

Con il primo procedimento si richiede alla pubblica amministrazione di verificare una situazione di fatto non conforme a diritto e di determinare la prestazione necessaria per riportare la realtà al rispetto del parametro normativo. Il provvedimento ripristinatorio comanda sempre un obbligo di fare che determina la prestazione necessaria per il raggiungimento del risultato di pubblico interesse.

A questo punto, il destinatario del provvedimento può ottemperare al provvedimento oppure può lasciar spirare il termine che il provvedimento stabilisce.

In caso di inottemperanza, a seconda delle scelte operate dall'ordinamento, la pubblica amministrazione deve rivolgersi al giudice dell'esecuzione oppure, qualora la legge preveda un potere esecutivo, può portare essa stessa ad esecuzione il provvedimento sostituendosi all'obbligato che poi sarà tenuto a rimborsare le spese sostenute dalla pubblica amministrazione per la c.d. esecuzione in danno.

⁹⁷ S. Pugliatti, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1959, IV, 174 ss. L'A. osserva: «l'esecuzione forzata tendenzialmente si rivolge alle cose, o direttamente o mediatamente.»

⁹⁸ G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, cit., 1-3 e G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss. Sul punto in termini di teoria generale dell'effetto ripristinatorio v. R. Chiappa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1227.

⁹⁹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹⁰⁰ Non vi sono differenze strutturali fra il procedimento ripristinatorio in materia edilizia e quello predisposto all'art. 27 del Codice del consumo per la rimozione degli effetti della pratica commerciale scorretta.

¹⁰¹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹⁰² V. i procedimenti ripristinatori previsti agli artt. 27-36 e 41 del d.p.r. 380/2001; gli artt. 160 e 167 del d.lgs. 42/2004; gli artt. 192, 244, 312-314, d.lgs. 152/2006; art. 24, r.d.l. 3267/1923; art. 23, d.lgs. 285/1992.

I provvedimenti ripristinatori servono, dunque, ad individuare quell'obbligo di fare¹⁰³ che, se eseguito, conduce al raggiungimento dell'*utilitas*. Tali provvedimenti sono qualificabili come ordini personali¹⁰⁴ – in quanto comandano l'esecuzione di un obbligo – ed hanno effetto obbligatorio¹⁰⁵ cioè limitativo¹⁰⁶ della posizione giuridica del destinatario dell'ordine. In alcuni casi, quando tenuto al ripristino è il proprietario, il possessore o il detentore della cosa, la dottrina parla di ordine reale privativo¹⁰⁷ in quanto il soggetto obbligato viene individuato in funzione di un rapporto qualificato con la cosa.

Sia nel caso dell'ordine personale privativo sia nel caso dell'ordine reale privativo, il provvedimento costituisce solamente obblighi di fare. Non cambia, dunque, la tecnica di produzione degli effetti giuridici limitativi. L'identità della tecnica di produzione dell'effetto giuridico rende irrilevanti, a fini esecutivi¹⁰⁸, le differenze di fattispecie censite nel paragrafo precedente.

Evidentemente il prodursi dell'effetto giuridico limitativo della posizione giuridica del privato non è di per sé idoneo a raggiungere il risultato materiale prefigurato dalla norma¹⁰⁹ perché il provvedimento ripristinatorio non è auto-esecutivo¹¹⁰ ma, prefigurando un risultato materiale, necessita sempre di essere portato ad esecuzione¹¹¹. In questo senso si può dire che il provvedimenti ripristinatori, come aveva già inteso la dottrina più attenta, trovano un minimo comun denominatore nell'essere misure strumentali all'esecuzione¹¹².

¹⁰³ F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 998.

¹⁰⁴ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, vol. II, 628-629; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 703 e E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 372. V. F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 995 e ss.; F. Satta, voce *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, 1991, XXV, 1 e ss.; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in, a c. di G. Santaniello, *Trattato dir. amm.*, Padova, 1993, vol. III, 105; B. Cavallo, voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, 434 e ss., R. Cavallo Perin, voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, I agg., 336 e ss. e S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 337.

¹⁰⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 696.

¹⁰⁶ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 703.

¹⁰⁷ F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 1005 e M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 703-704.

¹⁰⁸ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 147.

¹⁰⁹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss. L'A. porta come esempio di esecutorietà la disciplina applicabile proprio all'ordine di demolizione.

¹¹⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 598. Per un'elencazione ragionata dei provvedimenti che non necessitano di esecuzione v. G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹¹¹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 143.

¹¹² È l'impostazione di dottrina minoritaria ma molto attenta allo studio di questi provvedimenti: F. Cammeo, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, 1929, III, 1 e ss.; C.E. Paliero e A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 355-356 e Id., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 43-44. Su un piano di teoria generale: M.A. Sandulli, *Potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (studi preliminari)*, Napoli, 1981, 25.

Se questa ricostruzione è corretta, sembra prospettabile la riconduzione del provvedimento ripristinatorio entro la vicenda giuridica dell'esecuzione amministrativa¹¹³ che trova una disciplina generale, ancorché incompleta, negli artt. 21 ter e 21 quater della l. 241/1990. L'art. 21 ter cit., nonostante sia rubricato: «esecutorietà»¹¹⁴, traccia, infatti, anche una disciplina della fase anteriore al procedimento propriamente esecutivo¹¹⁵ ove, secondo l'impostazione prevalente deve collocarsi il provvedimento ripristinatorio¹¹⁶.

Lo studio dei provvedimenti ripristinatori proseguirà, pertanto, in dialogo con la disciplina dell'art. 21 ter della l. 241/1990.

5. *Il provvedimento ripristinatorio come provvedimento costitutivo di obblighi ex art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990*

Per prima cosa, occorre interrogarsi sul ruolo svolto dall'art. 21 ter della l. 241/1990 nel sistema del diritto amministrativo¹¹⁷. Come molti osservatori hanno avuto modo di rilevare, l'art. 21 ter, pur nella sua incompletezza e frammentarietà¹¹⁸, aspira a svolgere un ruolo sistematico¹¹⁹ ponendo le garanzie fondamentali per il soggetto interessato dal procedimento d'esecuzione amministrativa¹²⁰. In quest'ottica si prevede una sintetica ma frastagliata disciplina generale dell'esecuzione amministrativa: il potere esecutivo può essere esercitato solo «nei casi e

¹¹³ Faceva opportunamente riferimento alla categoria dogmatica ampia dell'esecuzione amministrativa G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, cit., 3 e 15. L'A. ritiene che i provvedimenti ripristinatori pongano un problema di esecuzione amministrativa. Conforme anche l'impostazione di G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss.

¹¹⁴ G. Fonderico, *Esecutorietà*, in a cura di M. Clarich e G. Fonderico, *Procedimento amministrativo*, Milano, Wolter Kluwer, 2014, 555 e ss.; C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 844 e ss.; G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1, 322 e ss. e F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 437 e ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 598-597 e M. Clarich, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in a cura di V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 328-329 e V. Cerulli Irelli, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 3, 415.

¹¹⁵ C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 847.

¹¹⁶ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 330 e ss.

¹¹⁷ Per alcuni spunti sulla funzione della l. 241/1990 v. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 109 e ss.

¹¹⁸ M. Clarich, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in a cura di V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, cit., 328.

¹¹⁹ Si parla di codificazione della disciplina del provvedimento v. B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 5, 470.

¹²⁰ V. V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. 241/1990, IV parte*, in *giustamm.it*, 2005.

con le modalità stabiliti dalla legge»; il provvedimento costitutivo dell'obbligo da eseguire deve contenere l'indicazione del termine per l'adempimento e le modalità d'esecuzione; in caso, d'inottemperanza, infine, l'obbligato deve ricevere una previa diffida, dopodiché la pubblica amministrazione potrà procedere ad eseguire l'obbligo rimasto inadempito nei casi e con le modalità previste dalla legge. Nel porre queste norme di garanzia, la legge lumeggia alcuni tratti del procedimento d'esecuzione amministrativa tal che si può ritenere che la funzione del co. 1 dell'art. 21 ter sia quella di fornire un modello "a maglie larghe", improntato ad una finalità di garanzia, per l'esecuzione amministrativa.

I singoli procedimenti d'esecuzione disciplinati dal diritto amministrativo speciale debbono, pertanto, essere interpretati garantendone la coerenza con tale modello garantista attraverso gli strumenti dell'interpretazione sistematica e della successione delle leggi nel tempo.

La prima difficoltà che l'interprete incontra è nel ricondurre i provvedimenti ripristinatori – si pensi all'ordinanza ex art. 313, d.lgs. 152/2006, all'ordine di ripristino ambientale ex art. 305 co. 2, lett. c, d.lgs. 152/2006, all'ordine di reintegrazione ex art. 160, d.lgs. 42/2004, all'ordine di remissione in pristino ex art. 167, d.lgs. 42/2004, all'ingiunzione di rimuovere o demolire l'intervento edilizio realizzato in assenza di permesso di costruire ex art. 31, co. 2, t.u. edilizia – entro le maglie dell'art. 21 ter, l. cit.

Più nel dettaglio, si pone il problema di stabilire se il provvedimento ripristinatorio che ricorre nelle norme citate debba essere qualificato come «provvedimento costitutivo di obblighi» ex co. 1, 2 cpv., oppure come «previa diffida»¹²¹ ex co. 1, 3 cpv. Il dubbio interpretativo deriva dal fatto che la legislazione amministrativa speciale nomina confusamente i provvedimenti ripristinatori a volte come ordinì, a volte come diffide¹²². Questo impreciso assetto legislativo ha dato vita ad un risalente dibattito dottrinale che ricerca una distinzione sostanziale fra l'ordine e la diffida¹²³ che la lettera dell'art. 21 ter della l. 241/1990 ripropone, poiché prevede una distinzione formale fra i due atti amministrativi¹²⁴.

Il legislatore infatti ha disciplinato al secondo capoverso del primo comma della citata disposizione il provvedimento costitutivo di obblighi; al terzo capoverso, invece, ha stabilito che in caso di inottemperanza al provvedimento costitutivo di obblighi, previa diffida, la pubblica amministrazione possa procedere

¹²¹ G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 336-337.

¹²² Compare il *nomen* di diffida per indicare il provvedimento ripristinatorio, ad esempio, all'art. 32 della l. 1150/1942, e all'art. 54 della l. 865/1971.

¹²³ Il dibattito è ampiamente ricostruito da A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 78 e ss.

¹²⁴ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 451.

re all'esecuzione coattiva. Esclusa, per motivi letterali e per evitare interpretazioni abrogative di parte della norma, la possibilità di ritenere che il provvedimento costitutivo di obblighi e la previa diffida siano lo stesso atto amministrativo o possano essere riuniti in un unico atto¹²⁵, occorre cercare di capire quale sia la differenza sostanziale fra i due atti guardando ai contenuti e alla collocazione procedimentale degli stessi.

Il provvedimento costitutivo di obblighi, secondo la lettera della legge, costituisce l'obbligo, da eseguire cioè determina la pretesa che se eseguita spontaneamente dall'obbligato non dà neppure luogo al procedimento esecutivo. Tale provvedimento deve indicare anche il termine per adempiere e le modalità d'esecuzione di tali obblighi.

La diffida, invece, interviene successivamente: quando l'obbligato non ha adempiuto spontaneamente la pretesa.

La legge non dice quale sia il contenuto della diffida ma il fatto che sia collocata dopo il verificarsi dell'inottemperanza al provvedimento costitutivo di obblighi, induce a ritenere che essa debba necessariamente contenere l'accertamento dell'avvenuta inottemperanza.

A ciò si aggiunga che l'atto di diffida è atto recettizio e ciò impone che sia comunicata all'interessato. Ma che cosa viene comunicato all'interessato? Solamente l'avvenuto accertamento dell'inottemperanza?

L'ulteriore contenuto dell'atto di diffida può essere ricostruito a partire da ciò che, per legge, segue la diffida e cioè l'esecuzione coattiva della pretesa rimasta insoddisfatta. La diffida sembra svolgere una funzione garantista di avvertimento circa l'avvio dell'esecuzione coattiva¹²⁶ o, in altre parole, di «comunicazione di avvio del secondo procedimento»¹²⁷, cioè del procedimento esecutivo. In questo senso sembra corretta l'idea secondo cui i contenuti della diffida debbono essere determinati alla luce dell'art. 8 della l. 241/1990 che disciplina la modalità e i contenuti della comunicazione di avvio del procedimento.

Le cose, per vero, sono un poco complicate dal fatto che la pretesa da eseguire può anche essere costituita direttamente dalla legge¹²⁸ o, ad esempio, da un

¹²⁵ Giustamente si è osservato che non sarebbe rispettoso della funzione garantista della «previa diffida» ritenere che possa essere emanata insieme col provvedimento costitutivo di obblighi cfr. F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 734; G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 336 e F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 460.

¹²⁶ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 459-461.

¹²⁷ F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 732.

¹²⁸ F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 728 e E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 541.

contratto o da un accordo amministrativo¹²⁹ sicché vi sono casi in cui il provvedimento costitutivo di obblighi manca e si ha comunque un procedimento esecutorio che trova nella «previa diffida» l'atto d'impulso.

In conclusione sembra che la diffida, per come disciplinata nell'art. 21 ter, abbia la funzione di accertare, con effetto meramente ricognitivo¹³⁰, che l'obbligo costituito dall'ordine (o equivalente) non sia stato ottemperato entro il termine previsto¹³¹, avvertendo contemporaneamente l'obligato dell'avvio del procedimento di esecuzione forzata amministrativa¹³². Quest'ultimo potrà, così, interloquire con l'amministrazione¹³³ facendo eventualmente presente l'avvenuta ottemperanza *in extremis*, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione ovvero agire giudizialmente potendo chiedere, ad esempio, la sospensione cautelare dell'efficacia del provvedimento impugnato¹³⁴.

Questa prospettazione pare essere confermata sia sul piano storico che su quello sistematico.

Il disegno di legge S4860¹³⁵, testo base della l. 15/2005, prevedeva, infatti, che fosse data comunicazione al privato anche dell'inizio dell'esecuzione distinguendo quest'avvertimento dalla diffida. Per la redazione del testo definitivo, si decise di sopprimere questa ulteriore comunicazione perché fu ritenuto che già la diffida potesse svolgere questo ruolo¹³⁶.

Dal punto di vista sistematico, invece, si può notare che nell'art. 35 del t.u. edilizia compare il sintagma «diffida non rinnovabile» che, interpretato *a contrario*, tenendo, quindi, conto della normale rinnovabilità della diffida, sembra deporre a favore di una ricostruzione della diffida non come atto costitutivo di obblighi ma come mero atto d'avvertimento.

A questo punto, chiarita la natura della «previa diffida», bisogna chiedersi che effetto giuridico hanno i provvedimenti ripristinatori disciplinati nelle nor-

¹²⁹ C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 849-850 e F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 727-729.

¹³⁰ G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 341.

¹³¹ M. D'Angelosante, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, cit., 787.

¹³² In questo senso, la previa diffida sarebbe il contenuto esternato, per così dire, dell'ordine di esecuzione ad efficacia interna con cui la pubblica amministrazione ordina ad un proprio organo di procedere all'esecuzione forzata. S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 338-340.

¹³³ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 460.

¹³⁴ Questa funzione di garanzia viene riconosciuta in G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, cit., 5.

¹³⁵ Consultabile presso: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00006650.pdf>.

¹³⁶ F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 731.

me speciali come l'ingiunzione di rimozione o demolizione del manufatto abusivo o l'ordinanza di ripristino ambientale. Costituiscono la pretesa che l'obbligato deve eseguire oppure danno avvio al procedimento esecutivo? Sono cioè "provvedimenti costitutivi di obblighi" o "previe diffide"?

Sembra che la risposta da preferire sia la prima¹³⁷: i provvedimenti ripristinatori reagiscono ad una situazione di fatto antiggiuridica censurata dalla legge e determinano l'obbligo da eseguire. Si collocano, dunque, in una fase anteriore a quella della previa diffida, che presuppone una pretesa inadempita "di secondo grado", e possono essere qualificati come "provvedimenti costitutivi di obblighi" ai sensi dell'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990¹³⁸. In altre parole, mentre il provvedimento ripristinatorio dichiara, come una sentenza di condanna, la pretesa da eseguire ed è pertanto sempre necessario per giungere al soddisfacimento dell'interesse pubblico, la diffida si rende necessaria invece solo nell'eventualità dell'inottemperanza al provvedimento ripristinatorio.

Per essere classificato come «provvedimento costitutivo di obblighi», il provvedimento ripristinatorio deve appunto costituire la pretesa da eseguire. Tuttavia prima vista sembrerebbe che l'obbligo ripristinatorio, al pari di quello risarcitorio nel diritto civile, nasca direttamente dalla fattispecie legale e che quindi il provvedimento ripristinatorio abbia efficacia solamente dichiarativa e non anche costitutiva¹³⁹, al pari di una sentenza di condanna. La questione è riconducibile a quel dibattito, ormai risalente, fra coloro¹⁴⁰ che ritengono che l'atto d'ordine o di diffida (a seconda della tesi seguita) abbia natura solo dichiarativa di un obbligo già perfezionatosi *ex lege*¹⁴¹ ovvero abbia natura costitutiva di un effetto giuridico nuovo, comportando la spendita di un potere discrezionale¹⁴². Tuttavia in entrambi i casi la giurisprudenza riconosce l'autonoma impugnabilità della diffida in quanto atto immediatamente lesivo della sfera giuridica del privato¹⁴³.

La soluzione più piana all'interrogativo, sarebbe quella di dare all'aggettivo "costitutivo", presente nell'art. 21 ter della l. 241/1990, un'interpretazione riduttiva. Se la fattispecie complessa costitutiva dell'obbligo di ripristino per perfezionarsi ha effettivamente bisogno dell'adozione del provvedimento ripristinatorio, ciò significa che il provvedimento concorre a costituire l'obbligo ripristinato-

¹³⁷ Conforme: A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 36-39.

¹³⁸ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 101-102.

¹³⁹ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 345 nota 32. Sull'efficacia dichiarativa della sentenza di condanna v. F. Luiso, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, Milano, 2013, vol. II, 210.

¹⁴⁰ Gasparri, *Sugli atti amministrativi di diffida*, in *Foro amm.*, 1955, IV, 5; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. I, 642.

¹⁴¹ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 79-80.

¹⁴² A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., vol. I, 628-629.

¹⁴³ T.A.R. Campania (Napoli), sez. VII, 10 ottobre 2014, n. 5261, in *Foro Amm.*, 2014, 10, 2661.

rio. Quest'interpretazione è del tutto coerente con l'orientamento prevalente che afferma la compatibilità dell'effetto costitutivo del provvedimento anche in presenza di un potere vincolato¹⁴⁴.

A maggior ragione, il provvedimento ripristinatorio rappresenta un provvedimento costitutivo di obblighi perché esso introduce un *aliquid novi* rispetto agli elementi già presenti nella fattispecie ripristinatoria legale ed in questo senso può essere qualificato come provvedimento costitutivo di obblighi ai sensi dell'art. 21 ter, l. 241/1990.

La fattispecie ripristinatoria legale indica, in maniera generale e astratta, la situazione fattuale antiggiuridica oggetto della prestazione ripristinatoria, la regola in base alla quale individuare il responsabile dell'obbligo ripristinatorio e l'oggetto della pretesa (la demolizione, la distruzione, il ripristino ambientale etc.).

Innanzitutto gli elementi determinabili in base alla fattispecie, la pubblica amministrazione ha soltanto un compito di mera attualizzazione cioè di susunzione del caso concreto entro il referente normativo secondo il metodo della "verificazione necessaria"¹⁴⁵. Il potere di verifica è essenzialmente vincolato anche se non mancano le fattispecie ripristinatorie che richiedono, per la valutazione dei presupposti di fatto, l'esercizio di una discrezionalità di tipo tecnico¹⁴⁶.

In ogni caso la determinazione "dinamica" della prestazione che in concreto deve essere eseguita dall'obbligato, comporta l'esercizio di un potere d'autonomia perché tale potere non trova un'integrale predeterminazione nella fattispecie legale¹⁴⁷. La legge, infatti, determina il risultato ripristinatorio della prestazione (la demolizione, la rimozione, la distruzione, il ripristino etc.). Alla pubblica amministrazione si chiede, invece, di determinare la prestazione da eseguire tenendo conto delle circostanze oggettive e soggettive che rilevano per l'esecuzione spontanea da parte dell'obbligato¹⁴⁸. L'*aliquid novi* consiste, dunque, nell'esercizio di un potere propriamente discrezionale per la determinazione di quella prestazione ripristinatoria che può essere ragionevolmente¹⁴⁹ eseguita dall'obbligato. L'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., della l. 241/1990, infatti, non a caso richiede che il provvedimento indichi il termine e le modalità d'esecuzione «da parte dell'obbligato»¹⁵⁰. Il

¹⁴⁴ R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 140.

¹⁴⁵ E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 349.

¹⁴⁶ Si pensi alla determinazione dell'obbligo necessario a reintegrare il bene culturale danneggiato o all'obbligo di ripristino necessario per riparare il danno ambientale.

¹⁴⁷ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, cit., 79-80.

¹⁴⁸ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, cit., 80. L'A. scrive: «la diffida presenta in realtà una propria autonomia funzionale in quanto è direttamente produttiva di effetti sulla sfera giuridica del destinatario ed è rivolta alla spontanea rimozione della situazione di antiggiuridicità, più che a produrre le conseguenze sfavorevoli connesse a tale situazione: tanto che la posizione del diffidato sembra spiegabile più agevolmente conpendo gli effetti sfavorevoli come reazione dell'ordinamento alla – o anche – alla inottemperanza della diffida».

¹⁴⁹ C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, cit., 848.

¹⁵⁰ V. *infra* par. 6.

richiamo espresso alla figura dell'obbligo impone alla pubblica amministrazione di determinare il *quomodo* della prestazione in maniera tale che essa possa essere adempiuta dal soggetto tenuto responsabile e ciò comporta necessariamente un momento istruttorio in cui viene acquisito e valutato l'interesse dell'obbligato ad adempiere con modalità per lui sostenibili.

Per altro, anche guardando al processo civile d'esecuzione¹⁵¹, si ritiene che «l'individuazione del "fare"» comporti un *aliquid novi* attraverso la precisazione della prestazione dovuta nel titolo esecutivo¹⁵² perché al «titolo esecutivo spetta stabilire il risultato necessario per soddisfare il diritto del creditore; alla seconda [all'ordinanza sulle modalità d'esecuzione, significativamente adottata in regime di contraddittorio] spetta stabilire come raggiungere quel risultato»¹⁵³. A maggior ragione, laddove non v'è un titolo esecutivo che cristallizzi la pretesa da eseguire, come nel caso di specie, bisogna riconoscere all'amministrazione un ampio potere d'integrazione *in executivis* della fattispecie legale¹⁵⁴.

La necessità che il provvedimento prescriva il termine entro cui adempiere e le «modalità d'esecuzione da parte dell'obbligato», mette in risalto la vocazione del provvedimento ripristinatorio a programmare (e, in questo senso, a facilitare) l'esecuzione spontanea¹⁵⁵.

Questa caratteristica rende contenutisticamente diverso il provvedimento costitutivo di obblighi dalla sentenza di condanna cui pure, non senza motivo, è stato avvicinato¹⁵⁶ perché il provvedimento ripristinatorio oltre a dichiarare l'obbligo da adempiere deve regolarne l'esecuzione da parte dell'obbligato indicando le prescrizioni più idonee a consentire ed agevolare tale adempimento¹⁵⁷.

Volendo costruire un parallelo col diritto processuale civile, il provvedimento costitutivo di obblighi somma in sé i contenuti dichiarativi del provvedimento

¹⁵¹ R. Leonardi, *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 296.

¹⁵² F. Luiso, voce *Esecuzione forzata II. Esecuzione forzata in forma specifica.*, in *Enc. giur.*, 1989, XIV, 9.

¹⁵³ F. Luiso, voce *Esecuzione forzata II. Esecuzione forzata in forma specifica.*, cit., 9.

¹⁵⁴ A titolo d'esempio si potrebbe richiamare la riflessione sulla natura "mista" del giudizio d'ottemperanza dove pure manca un previo titolo esecutivo. C.E. Gallo, voce *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, 2008, pp. 818-819.

¹⁵⁵ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 80.

¹⁵⁶ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 334 e 341-342. L'A. avverte che il parallelismo con la sentenza di condanna non è perfetto e cfr. anche A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, cit., 82. Più in generale, sui rapporti fra esecuzione amministrativa e processo civile d'esecuzione v. N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/1990*, consultabile presso: http://redazione.regione.campania.it/farecampania/scaffale_formativo/ARCHIVIO/2003%20Redazione%20atti%20amministrativi/Paolantonio_esecutivita_esecutorieta.pdf L'A. suggerisce, come indirizzo di ricerca, di ricostruire l'esecuzione amministrativa a partire dal corrispondente processuale.

¹⁵⁷ La lettura è confermata da F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 444.

di condanna¹⁵⁸, l'energia iussiva del precetto¹⁵⁹ e la determinazione, in contraddittorio, delle modalità d'esecuzione con l'importante precisazione che, in sede amministrativa, le modalità d'esecuzione sono dirette allo stesso obbligato e non all'ufficiale giudiziario come accade nell'art. 612 co. 1 e 2, c.c.

Per altro, secondo un autorevole orientamento¹⁶⁰, anche nel processo esecutivo vi sarebbe un momento in cui allo stesso obbligato sono comunicate delle precisazioni su come adempiere all'obbligo. Secondo questa opinione, il precetto per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare dovrebbe contenere già l'indicazione di tutti gli aspetti e di tutti i modi dell'esecuzione che non sono individuabili e specificabili in sede di cognizione, affinché il debitore – la cui spontanea soddisfazione è pur sempre lo scopo primo del precetto – possa apprendere da questo atto «quale sia il risultato che il precedente persegue e che esso debitore possa spontaneamente fornire per non sottoporsi o per sottrarsi all'aggressione esecutiva»¹⁶¹.

In conclusione l'ordine di ripristino è atto dell'esecuzione amministrativa¹⁶² che assomma in sé le funzioni della sentenza di condanna, dell'atto di precetto e, con le precisazioni fatte, dell'ordinanza di determinazione delle modalità d'esecuzione. In questo modo il provvedimento mira a raggiungere, con economia dei mezzi giuridici, non solo l'utilità conseguibile attraverso la sentenza di condanna¹⁶³ ma anche un'utilità ulteriore e strumentale che consiste nell'evitare l'esecuzione forzata, raggiungendo il risultato di pubblico interesse nella maniera più efficiente e, verosimilmente, effettiva¹⁶⁴.

Questa peculiarità del provvedimento costitutivo di obblighi è apprezzabile almeno sotto due punti di vista: da una parte, può essere letta come norma di garanzia alla luce del principio di *extrema ratio* dell'esecuzione coattiva¹⁶⁵. Dall'altra, tale peculiarità è anche apprezzabile secondo una logica di risultato¹⁶⁶ perché

¹⁵⁸ F. Luiso, *Diritto processuale civile. Principi generali*, Milano, 2013, vol. I, 11-14.

¹⁵⁹ F. Luiso, *Diritto processuale civile. Il processo esecutivo*, Milano, 2013, vol. III, 50.

¹⁶⁰ L'opinione è proposta da L. Montesano, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, 1966, XV, 547 e ss. e criticata da C. Mandrioli, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Dig. disc. priv.*, 1991, VI, 549 e ss. L'opinione del Montesano sembra più adatta a qualificare un procedimento d'autotutela amministrativa.

¹⁶¹ L. Montesano, voce *Esecuzione specifica*, cit., 547 e ss. par. 14.

¹⁶² M. D'Angelosante, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, cit., 764, nota 10.

¹⁶³ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 345.

¹⁶⁴ Sul problema dell'effettività anche con cenni agli ordini di demolizione cfr. N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, paper AIPDA 2017, consultabile presso: <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=38>.

¹⁶⁵ A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 2, 342 ss. e G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 342.

¹⁶⁶ M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, cit., 825 e ss. e ancora F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 444; N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento*

l'adempimento spontaneo rappresenta l'ottimo fra la necessità di porre rimedio alla situazione di fatto anti-giuridica e la necessità che a rimettere in pristino sia il soggetto tenuto responsabile dalla legge senza ulteriori costi a carico della collettività.

Se la finalità del provvedimento costitutivo di obblighi è quella di realizzare forme efficaci ed efficienti di esecuzione amministrativa, appare necessaria la presenza di un momento collaborativo fra pubblica amministrazione e obbligato, situato a monte dello stesso procedimento esecutivo¹⁶⁷. Tale collaborazione può essere garantita solo attraverso la partecipazione dell'interessato al procedimento ripristinatorio¹⁶⁸.

6. Spazi di scelta nel procedimento ripristinatorio

Seguendo un'autorevole ricostruzione del procedimento ripristinatorio¹⁶⁹, è possibile osservare come tale procedimento contenga tre momenti in cui la pubblica amministrazione è chiamata a manifestare la propria volontà¹⁷⁰ a fini di impulso procedimentale compiendo, cioè, delle scelte¹⁷¹: il momento dell'iniziativa, il momento dell'accertamento della situazione di fatto anti-giuridica e, infine, il momento della determinazione del contenuto dell'ordine ripristinatorio.

Qualora la pubblica amministrazione, durante l'attività di controllo¹⁷², eventualmente anche su segnalazione di un soggetto denunciante¹⁷³, riscontri indizi circa la sussistenza della fattispecie presupposta dell'ordine di ripristino, ha il dovere di procedere all'accertamento del fatto¹⁷⁴. La pubblica amministrazione, infatti, ha un obbligo di procedere in ordine alla verifica dei presupposti per l'esercizio del potere ricavabile dall'art. 6, co. 1, lett. e, l. 241/1990¹⁷⁵.

to amministrativo nella riforma della l. 241/1990, cit., 3 e 5 pdf, consultabile presso: http://redazione.regione.campania.it/farecampania/scaffale_formativo/ARCHIVIO/2003%20Redazione%20atti%20amministrativi/Paolantonio_esecutivita_esecutorieta.pdf e G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹⁶⁷ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 460-461.

¹⁶⁸ E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 1018 e ss.

¹⁶⁹ Questa partizione segue il modello di procedimento d'accertamento condanna proposto da Cassese: S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 330 e ss.

¹⁷⁰ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 164.

¹⁷¹ Sul concetto di margine di scelta v. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 162.

¹⁷² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 811-814.

¹⁷³ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 245.

¹⁷⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 439.

¹⁷⁵ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 246.

La fase in cui la pubblica amministrazione compie una deliberazione sulla sussistenza dei *preambula potestatis* è qualificabile come preistruttoria¹⁷⁶: tale deliberazione è, appunto, obbligatoria¹⁷⁷ e ha efficacia meramente interna¹⁷⁸.

Conclusa la preistruttoria, la fase d'iniziativa si colloca, in assenza di un atto di segnalazione di un terzo, esattamente al momento in cui l'autorità, nell'ambito della preistruttoria, ritiene sufficienti certi indizi per procedere all'accertamento propriamente istruttorio del fatto. L'iniziativa non assume normalmente, salvo ipotesi di segnalazioni o di rapporti fra diversi soggetti, consistenza formale ma rimane assorbita nell'attività interna posta in essere sulla base di un principio inquisitorio¹⁷⁹.

In relazione a quest'iniziativa, per così dire, silenziosa, si pone il problema della comunicazione dell'avvio del procedimento, proprio perché il procedimento ripristinatorio inizia in quel momento e la partecipazione dell'interessato si rivela utile, quindi, a partire da quel momento.

Per vero, sarebbe prospettabile anche un'altra regolazione delle modalità con cui l'interessato può aver notizia del procedimento: si tratta dell'istituto della contestazione. L'art. 14 della l. 689/1981, recante «modifiche al sistema penale», disciplina l'istituto procedimentale della contestazione che serve a rendere nota al soggetto interessato dal procedimento sanzionatorio "l'accusa". La contestazione ha la funzione di attivare il contraddittorio fra le parti e, quindi, non ha un effetto autonomamente lesivo della posizione giuridica del privato¹⁸⁰.

Tuttavia non sembra possibile applicare il modello della contestazione al provvedimento ripristinatorio.

Equiparare l'ordine ripristinatorio, ad esempio un ordine di demolizione, ad una contestazione presuppone, a ben vedere, che tale ordine non sia un provvedimento immediatamente lesivo della sfera giuridica del privato. Parte della giurisprudenza, non a caso, ritiene che la diffida a demolire sia atto di contestazione e sia, pertanto, idonea soltanto ad attivare il contraddittorio¹⁸¹ non avendo efficacia immediatamente lesiva.

A parere di chi scrive, la riconduzione del provvedimento ripristinatorio all'art. 21 ter, co. 1, 2 e 3 cpv., cioè alla categoria dei provvedimenti costitutivi di obblighi, rende del tutto inapplicabile la tesi del provvedimento ripristinatorio

¹⁷⁶ L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 717 e ss.

¹⁷⁷ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 333. Si tratta dunque di un'iniziativa vincolata, v. F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 1000.

¹⁷⁸ L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 717 e ss.

¹⁷⁹ Sul punto la dottrina è concorde A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 101 e 103. Sul principio inquisitorio nel procedimento amministrativo v. R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 204 e ss.

¹⁸⁰ C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 246-247.

¹⁸¹ T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 20 aprile 2005, n. 1097, in Banca dati *Leggi d'Italia* e T.A.R. Trentino-Alto Adige (Bolzano), 8 febbraio 2007, n. 52, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2, 426.

come atto di contestazione e induce a riportare l'attenzione sulla comunicazione di avvio del procedimento come unico atto idoneo, nel contesto del procedimento ripristinatorio, a consentire la partecipazione procedimentale.

L'accertamento della fattispecie presupposto dell'ordine di ripristino implica la verifica di fatti¹⁸².

Un tempo, per vero, si riteneva che la pubblica amministrazione avesse il potere di accertare se in concreto, data una certa fattispecie prevista *ex lege*, vi fosse o meno una lesione dell'interesse pubblico¹⁸³; attualmente, l'opinione prevalente è che l'interesse pubblico da perseguire sia tipizzato dalla fattispecie ripristinatoria attributiva del potere di ripristino¹⁸⁴ nella quale entrano, ma solo come elemento normativo, cristallizzato una volta per tutte, anche le valutazioni discrezionali precedentemente compiute dalla pubblica amministrazione attraverso, ad esempio, atti amministrativi generali, regolamenti, piani¹⁸⁵ o altri provvedimenti.

In realtà, due possono essere le forme di attività conoscitiva implicate nell'accertamento delle fattispecie ripristinatorie: da un lato, vi sono i meri accertamenti che richiedono un'operazione cognitiva semplice basata sulla verifica della sussistenza/insussistenza di un fatto. Tutt'al più se tale fatto debba essere quantificato e misurato, vi sarà un accertamento tecnico¹⁸⁶. Dall'altro, vi sono quelle fattispecie che richiedono operazioni cognitive più complesse¹⁸⁷, cioè delle valutazioni tecniche, che implicano l'esercizio di una discrezionalità tecnica. Il fatto, in questi casi, deve essere qualificato e interpretato secondo i canoni di un sapere tecnico¹⁸⁸ che fornisce risultati opinabili. Si possono rammentare come esempi: la fattispecie del danno ambientale, quella del danno al bene culturale, quella di alimento nocivo per la salute.

¹⁸² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 459.

¹⁸³ G. Virga, È sindacabile il mancato esercizio del potere in materia di vigilanza edilizia, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 2, 443 e ss. e F. Bassi, *Sanzioni amministrative edilizie e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 2, 493. In giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 1977, n. 174; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1972 n. 209 in Banca dati *Italgioire*.

¹⁸⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 474 in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 4, I, 752 e ss. T.A.R. Napoli (Campania) sez. IV 29 agosto 2017 n. 4186 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁵ G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 757.

¹⁸⁶ T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, 12 gennaio 2015, n. 347 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁷ Su un piano di politica del diritto, il fatto di dover prendere decisioni che implicano accertamenti tecnici o una discrezionalità tecnica sembra costituire una delle possibili giustificazioni – si potrebbero rammentare anche: la *vicinitas* rispetto al settore vigilato, la speditezza del procedimento amministrativo e la possibilità di procedere ad esecuzione forzata amministrativa – della scelta legislativa di affidare alla pubblica amministrazione piuttosto che ad un giudice il potere di ordinare il ripristino. La pubblica amministrazione è, infatti, dotata di competenze tecniche idonee a compiere accertamenti e valutazioni cui un giudice non potrebbe giungere se non, in maniera molto più dispendiosa, attraverso l'ausilio di consulenti tecnici.

¹⁸⁸ Si pensi alle complesse valutazioni tecniche che comportano i provvedimenti di ripristino in materia ambientale.

Il terzo momento di scelta attiene alla determinazione del contenuto dell'obbligo ripristinatorio. Secondo la tesi che si è proposta in questo scritto, il provvedimento ripristinatorio deve essere qualificato ai sensi dell'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990 come «provvedimento costitutivo di obblighi». Ne consegue che il provvedimento deve determinare uno o più obblighi nei loro elementi essenziali e cioè deve individuare una prestazione possibile e determinata, il soggetto o i soggetti obbligati, il termine entro cui adempiere e le modalità di esecuzione da parte dell'obbligato.

Il diritto positivo determina direttamente l'oggetto dell'obbligo, a volte il termine temporale entro cui adempiere e fornisce la regola di imputabilità secondo la quale individuare il soggetto tenuto al ripristino. Per questi elementi, come già osservato, si pone solo un problema di concretizzazione della norma.

Non si conoscono, invece, casi in cui la legge determini le modalità d'esecuzione della prestazione. In effetti la prescrizione delle «modalità d'esecuzione da parte dell'obbligato» sembra prevista dal legislatore proprio allo scopo di permettere l'adattamento della prestazione alle circostanze concrete non solo oggettive, quindi relative al concreto stato di fatto, ma anche soggettive.

Il sintagma «modalità di esecuzione da parte dell'obbligato» prende, infatti, in considerazione la figura dell'obbligato come esecutore della prestazione e sembra autorizzare la pubblica amministrazione a conoscere le esigenze – gli interessi – di tale soggetto in ordine all'esecuzione spontanea.

In quest'ottica, attraverso gli istituti di partecipazione, l'obbligato può far presenti alla pubblica amministrazione oltre a circostanze oggettive (sopravvenienze di fatto) anche circostanze soggettive, rilevanti ai fini dell'adempimento. La pubblica amministrazione, con riguardo ad ipotesi non urgenti¹⁸⁹, si troverebbe, dunque, ad operare un bilanciamento fra l'interesse pubblico, a raggiungere l'esecuzione spontanea, e l'interesse del privato, ad adempiere in maniera economicamente sostenibile. Con riguardo a questo peculiare contenuto dell'ordine di ripristino appare verosimile sostenere che la pubblica amministrazione compia una scelta caratterizzata da discrezionalità amministrativa che esita nella determinazione delle «modalità di esecuzione da parte dell'obbligato».

In questo modo viene recuperata, in prospettiva esecutiva, quell'esigenza di imprescindibile ragionevolezza, che prescrive l'adattamento della pretesa ripristinatoria alle possibilità economiche del debitore. Com'è noto l'art. 2058 c.c. rimette alla discrezionalità del giudice civile la possibilità di sacrificare l'interesse del debitore ad un risarcimento in forma specifica per il caso in cui tale forma di risarcimento sia eccessivamente onerosa per il debitore. Il diritto amministrativo,

¹⁸⁹ Come ha osservato Cassese non ogni procedimento ripristinatorio deve essere considerato urgente. Devono essere considerati urgenti solo i procedimenti così qualificati dal legislatore.

che invece non intende sacrificare l'integrale soddisfazione dell'interesse pubblico, rimette alla discrezionalità della pubblica amministrazione l'adattamento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo ripristinatorio alle esigenze debitorie.

Nella prospettiva di privilegiare l'esecuzione da parte dell'obbligato, apprezzabile anche alla luce del principio di *extrema ratio* dell'esecuzione forzata¹⁹⁰ e di proporzionalità dell'azione amministrativa¹⁹¹, la preventiva definizione delle modalità d'adempimento non sembra che serva solo a «far conoscere preventivamente al privato, le regole specifiche dell'esatto adempimento dell'obbligo, in modo che la configurabilità dell'inadempimento dipenda da elementi certi e noti»¹⁹². Sembra, invece, che serva essenzialmente a rendere possibile l'adempimento da parte dell'obbligato in quell'ottica collaborativa, già più volte segnalata in dottrina¹⁹³, che dovrebbe governare tutta la fase dell'esecuzione spontanea, al fine di evitare il momento dell'intrusione forzosa nella sfera giuridica dell'interessato.

Un discorso analogo potrebbe farsi anche per il termine entro cui adempiere laddove questo non sia espressamente individuato dal legislatore come accade, ad esempio, nell'ipotesi dell'art. 167, co. 2, del d.lgs. 42/2004. Anche in questo caso, infatti, si pone la questione se nel corso dell'istruttoria la pubblica amministrazione possa prendere in considerazione, ai fini della fissazione del termine, le circostanze soggettive che l'interessato renda note nell'ottica di un adempimento spontaneo sostenibile.

Merita rilevare, infine, che l'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990 prevede che il provvedimento possa determinare una pluralità di obblighi. La sola indicazione dell'art. 21 ter cit. è del tutto insufficiente da sola a fondare un'attribuzione di potere diretta a costituire uno specifico obbligo ulteriore rispetto a quello eventualmente previsto dalla norma attributiva del potere ripristinatorio. Si tratta, infatti, di una norma in bianco che, non specificando il fine per cui è attribuito un certo potere, certo non soddisfa la riserva di legge, seppur relativa, dell'art. 23 Cost.¹⁹⁴

Vi sono dei casi, tuttavia, in cui il sintagma «provvedimento costitutivo di obblighi» può essere utilizzato per dare copertura legale formale ad un obbligo accessorio che la norma speciale attributiva dello specifico ordine di ripristino non prevede espressamente. È il caso dell'obbligo inibitorio di cessare il compor-

¹⁹⁰ A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 342 ss. e G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 342.

¹⁹¹ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 112.

¹⁹² G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 335.

¹⁹³ Il problema è più volte messo in luce da F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 456-457.

¹⁹⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 771-774. Sul punto v. anche la recente lettura di G. Grüner, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, cit., 336.

tamento a carattere continuato produttivo dello stato di fatto contrario a diritto che ragionevolmente dovrebbe considerarsi accessorio rispetto all'ordine di ripristino. Diversamente opinando, infatti, il provvedimento di ripristino correrebbe il rischio di essere *inutiliter datum*¹⁹⁵.

7. *La partecipazione nel procedimento ripristinatorio*

La disamina delle scelte che la pubblica amministrazione deve compiere nel procedimento ripristinatorio rende evidente come l'interessato possa attivamente ed utilmente partecipare¹⁹⁶ al procedimento per l'adozione del provvedimento di ripristino permettendo all'amministrazione di acquisire conoscenze rilevanti ai fini della decisione¹⁹⁷.

Alla luce di queste considerazioni deve ritenersi obbligatoria la comunicazione di avvio del procedimento ripristinatorio: l'obbligo sorge al momento in cui l'attività preistruttoria si trasforma in istruttoria¹⁹⁸, cioè una volta conclusa in senso positivo la delibazione sulla sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio del potere. È evidente che l'interessato avrà modo di interloquire sui risultati della preistruttoria al momento della partecipazione istruttoria.

Con riguardo all'atto d'accertamento della fattispecie ripristinatoria, la partecipazione dell'interessato pare connotarsi in senso spiccatamente difensivo¹⁹⁹, giacché l'eventuale recepimento delle osservazioni del privato sull'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto dovrebbe verosimilmente condurre alla decisione di non adottare il provvedimento ablatorio.

Nel caso in cui la fattispecie richieda un accertamento semplice o tecnico²⁰⁰, la partecipazione è comunque idonea a portare dei contributi rilevanti ai fini della decisione²⁰¹ in quanto l'interessato, proponendo la propria ricostruzione dei pre-

¹⁹⁵ Conferma puntualmente questa ricostruzione: A. Proto Pisani, voce *Sentenza di condanna*, in *Dig. disc. priv.*, 1998, vol. XVIII, 299.

¹⁹⁶ R. Proietti, *Comm. artt. 7-8, La partecipazione al procedimento amministrativo*, in a. c. di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 567-570.

¹⁹⁷ Occorre precisare questo aspetto giacché l'art. 21 octies, co. 2, l. 241/1990 e le deroghe tacite all'art. 7 (su cui cfr. Proietti, *Comm. artt. 7-8, La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 584-591) impongono di valutare la partecipazione anche sul piano della sua utilità ai fini della determinazione del contenuto del provvedimento.

¹⁹⁸ L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 717 e ss.

¹⁹⁹ Sulla partecipazione in senso difensivo v. E. Frediani, *L'applicazione "attenuata" del diritto di difesa nel quadro della tutela procedimentale*, nota a Cort. Cost., 30 maggio 2008, n. 182, in *Giur. it.*, 2009, 4, 854-855 e M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 59 e ss.

²⁰⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 484-485.

²⁰¹ Così anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 470 e T.A.R. Calabria, sez. II, 9 ottobre 2015, n. 1546, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

supposti di fatto o di diritto²⁰², potrebbe segnalare, ad esempio, un errore nell'individuazione²⁰³ o nell'interpretazione del diritto applicabile o un errore di fatto, desumibili dai documenti accessibili dell'istruttoria.

Peraltro, se la partecipazione non avvenisse – come invece avviene – “al buio”²⁰⁴, cioè conoscendo uno schema di provvedimento del decisore pubblico, la partecipazione potrebbe consentire un ancor più pregnante rilievo di eventuali errori di fatto o di diritto.

Gli spazi di partecipazione dell'interessato aumentano quando la fattispecie da accertare si fa più complessa implicando valutazioni tecnico-discrezionali²⁰⁵: in questi casi l'interessato può fornire valutazioni tecniche alternative²⁰⁶. Tale partecipazione appare particolarmente rilevante alla luce dei principi del giusto procedimento²⁰⁷ e dell'effettività delle tutele²⁰⁸ se si pensa che le valutazioni tecnico-discrezionali non sono sindacabili nel merito innanzi al giudice amministrativo.

Con uno sguardo attento alla pratica si osserva²⁰⁹, più in generale, che la possibilità di partecipare dovrebbe essere assicurata all'interessato per dimostrare il carattere non antigiusdittico della *res*, per contestare la scelta di applicare una certa sanzione, per dimostrare la propria estraneità all'abuso o per consentire la presentazione della domanda di accertamento di conformità.

Passando poi ad analizzare la rilevanza della partecipazione per la definizione del contenuto dell'ordine di ripristino, sembra che la pubblica amministrazione goda di spazi di discrezionalità amministrativa al fine di determinare i tempi e le modalità più adeguati per raggiungere il risultato dell'esecuzione spontanea da parte dell'obbligato. A questo fine, è evidente la necessità della partecipazione²¹⁰ dell'interessato affinché questi possa manifestare i propri interessi indicando i tempi e le modalità d'adempimento per lui maggiormente sostenibili dal punto di vista tecnico-economico.

²⁰² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 467.

²⁰³ T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 10/05/2017, n. 5662, *Riv. giur. edilizia* 2017, 3, I, 710. La pubblica amministrazione non aveva individuato correttamente la normativa applicabile *ratione temporis*.

²⁰⁴ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 249.

²⁰⁵ La connotazione tecnica dell'accertamento che la pubblica amministrazione deve svolgere, trova autorevole conferma nella disposizione madre dei procedimenti ripristinatori: l'art. 378, co. 1, della legge sulle opere pubbliche – allegato F alla l. 20 marzo 1865, n. 2248 – prevede che il prefetto debba sentire l'ufficio del Genio civile.

²⁰⁶ Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 1998, n. 818, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, 1190.

²⁰⁷ Secondo l'opinione maggioritaria ricavabile dall'art. 97 Cost. V. R. Proietti, *Comm. artt. 7-8, La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 567-568; M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit., 614-615 e M.A. Sandulli, *Sanzioni amministrative pecuniarie principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 193-194. L'A. in maniera lungimirante ritiene applicabile a tutti i procedimenti ablatori il principio del giusto procedimento.

²⁰⁸ M. D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011, 12 e ss.

²⁰⁹ G. Virga, *La partecipazione ai procedimenti sanzionatori in materia edilizia*, cit.

²¹⁰ In questo senso anche M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, cit., 843.

Se con riferimento all'accertamento della fattispecie ripristinatoria la partecipazione dell'interessato si connota in senso difensivo posto che si dibatte sull'accertamento dell'obbligo ripristinatorio in relazione alla determinazione dei contenuti dell'ordine, destinati a regolare l'esecuzione spontanea di un obbligo ormai accertato, sembra che la partecipazione assuma un significato squisitamente collaborativo volto, essenzialmente, alla più adeguata programmazione dell'esecuzione spontanea nell'interesse di entrambi i soggetti del rapporto amministrativo.

La ricostruzione qui proposta sulla rilevanza e l'utilità della partecipazione nel procedimento ripristinatorio trova conferma positiva in tutte quelle previsioni speciali che ammettono espressamente la partecipazione dell'interessato al procedimento ripristinatorio.

Si pensi all'art. 30, co. 2, del codice della strada ove si precisa che il prefetto deve sentire l'ente proprietario o concessionario prima di ordinare la demolizione del manufatto. L'art. 160, co. 2, del d.lgs. 42/2004 prevede che «qualora le opere da disporre ai sensi del comma 1 abbiano rilievo urbanistico-edilizio l'avvio del procedimento e il provvedimento finale sono comunicati anche alla città metropolitana o al comune interessati». L'utilizzo della parola «anche» sembra potersi interpretare nel senso che la comunicazione di avvio del procedimento sia fatta, secondo la disciplina generale, in primo luogo all'interessato.

L'art. 192, co. 3, del codice dell'ambiente prevede che gli accertamenti in merito all'abbandono di rifiuti debbano essere compiuti nel contraddittorio con i soggetti interessati.

L'art. 312 del codice dell'ambiente si apre con un richiamo espresso alla disciplina della partecipazione di cui all'art. 7 della l. 241/1990 e, ancora, richiede, al co. 3, che la consulenza tecnica sulle cause del danno ambientale sia posta in essere nel rispetto del principio del contraddittorio.

L'art. 27, co. 3, del codice del consumo prevede che al professionista sia comunicata l'apertura dell'istruttoria.

L'art. 14 della l. 287/1990 recante «norme per la tutela della concorrenza e del mercato» disciplina un'istruttoria incentrata sul contraddittorio orale.

Una forma di contraddittorio tecnico, prodromico all'adozione del provvedimento di distruzione della sostanza alimentare o della bevanda nociva, è previsto in merito all'analisi di campioni di bevande o sostanze alimentari ai sensi dell'art. 1, co. 3, della l. 283/1962 recante «disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande».

Se, dunque, il legislatore prevede espressamente per casi diversi, accomunati dall'essere procedimenti per l'adozione di provvedimenti ripristinatori, il riconoscimento di una partecipazione dell'interessato addirittura in senso propriamente difensivo, laddove si parla espressamente di contraddittorio, non si vedono le ragio-

ni per escludere, sul piano logico dell'*eadem ratio*, gli altri procedimenti ripristinatori, simili per tipologia di accertamenti e contenuti del provvedimento, dall'applicazione delle regole sulla partecipazione tanto più che l'art. 7 della l. 241/1990 ha ambito d'applicazione generale. Infine, occorre rammentare che una valorizzazione della partecipazione, soprattutto in forma di contraddittorio, si rende necessaria per garantire il rispetto dell'art. 6 Cedu, applicabile ai provvedimenti ripristinatori in quanto qualificabili come controversie sui diritti e doveri di carattere civile.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, l'idea, sostenuta pressoché uniformemente dalla giurisprudenza²¹¹, secondo cui il procedimento ripristinatorio – specie in ambito edilizio – avrebbe natura rigidamente vincolata, non risulta condivisibile²¹².

Sicuramente non v'è attività vincolata laddove l'accertamento del fatto implichi l'esercizio di una discrezionalità tecnica²¹³ e dove la pubblica amministrazione debba determinare, con apprezzamenti espressivi di una discrezionalità amministrativa, un congruo termine per l'adempimento dell'obbligo e le modalità d'esecuzione dell'obbligo²¹⁴. Ancora, se in alcuni casi la legge determina rigidamente il termine per l'adempimento (si pensi al termine di novanta giorni predeterminato dall'art. 31, co. 2, t.u. edilizia), non si è riscontrata in nessuna legge, oggetto d'analisi per questo studio, una predeterminazione delle modalità d'esecuzione.

In sostanza è oltremodo discutibile affermare, sulla base di un giudizio tipologico, senza procedere ad un'attenta disamina del carattere delle operazioni cognitive previste dal procedimento ripristinatorio, che i procedimenti per l'adozione di un ordine di demolizione siano interamente vincolati. Anche il procedimento per la demolizione di un manufatto costruito in assenza di un titolo abilitativo ex art. 31 t.u. edilizia – l'ipotesi con un più ampio coefficiente di vincolatezza – presenta spazi di esercizio di discrezionalità tecnica perché la pubblica amministrazione apprezzando le caratteristiche costruttive del manufatto, tenendo conto della sua

²¹¹ *Ex multis*: T.A.R. Campania (Napoli), sez. VIII, 8 ottobre 2015, n. 4717, in *Il Foro amm.*, 2015, 10, 2657 e Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13, in *Riv. giur. edilizia* 2015, 2, I, 283. *Contra*: T.A.R. Lazio, (Roma), sez. I, 27 settembre 2006, n. 9494 in *Comuni Italia* 2006, 12, 86 ove si sostiene che: «è illegittimo il provvedimento di demolizione di opere edilizie e di ripristino dello stato dei luoghi che non sia stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, qualora, in ragione di circostanze documentalmente comprovate, non risulti palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Critica quest'orientamento giurisprudenziale G. Virga, *La partecipazione ai procedimenti sanzionatori in materia edilizia*, in *Giustamm.it*, 2002, 11.

²¹² Conforta in questo senso la recente opinione di A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 107 e ss.

²¹³ Sul punto chiarissima la distinzione di F. Cintioli, voce *Discrezionalità tecnica* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, 2009, Ann. II, 473-474. L'A. precisa che dove c'è discrezionalità tecnica non v'è attività vincolata.

²¹⁴ Si ricordi che l'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv. integra, nelle forme del combinato disposto, l'ordine di ripristino previsto dalla legislazione speciale.

removibilità, secondo le regole proprie della tecnologia delle costruzioni²¹⁵, può disporre la rimozione anziché la demolizione dell'opera. Ancora, pur nel rispetto del termine perentorio di novanta giorni, la pubblica amministrazione deve, in virtù dell'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990, che integra l'ordine di demolizione, indicare peculiari modalità d'esecuzione della prestazione demolitoria potendo determinare, ad esempio, una scansione temporale di adempimenti parziali oppure standard tecnici cui attenersi per la demolizione.

In conclusione, da un'analisi, pur incompleta, dei procedimenti ripristinatori previsti dall'ordinamento italiano²¹⁶ si evince che la supposta vincolatezza del procedimento ripristinatorio non sia affatto una caratteristica ricorrente di tale procedimento, in particolare tenendo conto del fatto che ogni provvedimento ripristinatorio deve, ai sensi dell'art. 21 ter l. 241/1990, regolare la fase di esecuzione spontanea del provvedimento indicando termini e modalità d'adempimento.

Da ciò consegue che qualora la pubblica amministrazione non abbia comunicato all'interessato l'avvio del procedimento, debba applicarsi l'art. 21 octies, co. 2, secondo capoverso l. 241/1990²¹⁷ e non l'art. 21 octies, co. 2, primo capoverso, l. cit., perché il procedimento ripristinatorio, almeno nei casi studiati, non appare vincolato²¹⁸.

Alla pubblica amministrazione deve, pertanto, richiedersi di provare in giudizio che, anche senza la comunicazione di avvio del procedimento, il contenuto dispositivo del provvedimento «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», dimostrando, dunque, che il privato non avrebbe potuto apportare nessun utile contributo partecipativo sulla base degli elementi che il privato stesso lamenta non essere stati presi in considerazione²¹⁹.

Ai fini dell'accertamento richiesto dall'art. 21 octies, co. 2, secondo capoverso, l. 241/1990, va presa, comunque, in considerazione l'eventualità che l'interessato abbia partecipato al procedimento, anche in assenza di comunicazione d'avvio, in

²¹⁵ Disciplina, afferente all'ingegneria civile e all'architettura, che studia i materiali e le tecniche necessarie per realizzare un manufatto edilizio. Differisce dalla scienza delle costruzioni che studia le condizioni necessarie per la staticità dell'edificio. G. Zanetti, voce *Edilizia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani online*, 1993, consultabile presso: http://www.treccani.it/enciclopedia/edilizia_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

²¹⁶ V. i procedimenti ripristinatori previsti agli artt. 27-36 e 41 del d.p.r. 380/2001; gli artt. 160 e 167 del d.lgs. 42/2004; gli artt. 192, 244, 312-314, d.lgs. 152/2006; art. 24, r.d.l. 3267/1923; art. 23, d.lgs. 285/1992.

²¹⁷ F. Fracchia e M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, 2005, 4, 41-43 del documento pdf e T.A.R. Campania (Napoli), sez. III, 14 marzo 2007, n. 2075 con nota di F. Cardarelli e A. Leoni, *L'art. 21 octies, co. 2, e l'omessa comunicazione di avvio del procedimento*, in *Corr. merito*, 2007, 2, 957 e ss.

²¹⁸ Sulla nozione di attività vincolata nell'economia di questa norma v. R. Giovagnoli, *Comm. art. 21 octies, Vizi formali e procedurali*, in M.A. Sandulli (a c. di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1154-1155.

²¹⁹ Sull'onere probatorio dell'amministrazione v. R. Giovagnoli, *Comm. art. 21 ter, Vizi formali e procedurali*, cit., 1166-1169.

ragione del compimento di atti istruttori o cautelari²²⁰ che hanno richiesto la partecipazione dell'interessato, come un'ispezione presso una privata dimora, un prelievo di campioni o un ordine di sospensione. A questo proposito, un'interessante giurisprudenza riconosce la necessità di un contraddittorio con l'interessato e ritiene essenziale che «al privato sia data la possibilità di partecipare a quelle attività di rilevamento fattuale che preludono alla valutazione circa l'adozione dell'ordine di demolizione.»²²¹ Viene precisato, tuttavia, che «il contraddittorio sulle attività di rilevamento fattuale [comunque integrato] esclude che l'attività istruttoria dell'amministrazione si sottragga al contraddittorio con l'amministrato, potendo quest'ultimo, avvisato di fatto dell'avvio dell'iter procedimentale, utilizzare tutte le altre facoltà di accesso infraprocedimentale, di impulso istruttorio, di dialettica per iscritto, che gli consentono di tutelare la propria posizione di interesse legittimo.»²²²

8. *Possibilità di procedere ad accordi integrativi del provvedimento ripristinatorio*

Se il procedimento ripristinatorio programma l'esecuzione spontanea verso la quale si possono apprezzare situazioni d'interesse strumentali sia della pubblica amministrazione che dell'obbligato, una valutazione in termini d'efficienza e d'efficacia, spinge a esplorare la possibilità di impiegare moduli consensuali²²³, ai sensi dell'art. 11 della l. 241/1990, per il raggiungimento del risultato finale²²⁴.

In questa luce, la comunicazione di avvio del procedimento dovrebbe essere ulteriormente apprezzata ai fini di consentire al privato la presentazione di osservazioni e proposte, a norma dell'art. 10, l. 241/1990, in vista della conclusione di un accordo integrativo dell'ordine di ripristino *ex art.* 11, l. 241/1990²²⁵.

²²⁰ G. Virga, *La partecipazione ai procedimenti sanzionatori in materia edilizia*, cit. v. anche Tar Abruzzo (Pescara), 25 ottobre 2002, n. 1016., in *Giustamm.it*, 2002, 11.

²²¹ T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 13/01/2016, n. 88 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria), sez. I, 13/01/2016, n. 6 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 09/10/2015, n. 1546 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 23/02/2015, n. 316 in *Riv. giur. edilizia* 2015, 3, I, 453 secondo cui non è doverosa la comunicazione di avvio del procedimento, ma qualora il privato abbia partecipato all'istruttoria, le sue produzioni debbono essere prese in considerazione dall'autorità procedente.

²²² T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 13/01/2016, n. 88 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria), sez. I, 13/01/2016, n. 6 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 09/10/2015, n. 1546 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 23/02/2015, n. 316 in *Riv. giur. edilizia* 2015, 3, I, 453 secondo cui non è doverosa la comunicazione di avvio del procedimento, ma qualora il privato abbia partecipato all'istruttoria, le sue produzioni debbono essere prese in considerazione dall'autorità procedente.

²²³ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 188-189.

²²⁴ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss.

²²⁵ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 251.

L'ordinamento italiano presenta ipotesi in cui, all'interno di un procedimento ripristinatorio, viene prevista la possibilità di procedere ad accordi integrativi del provvedimento.

Il settore della riparazione del danno ambientale conosce l'opzione di giungere al ripristino del danno ambientale attraverso moduli consensuali riconducibili all'istituto dell'accordo fra pubblica amministrazione e soggetti privati²²⁶.

L'art. 314, co. 2, d.lgs. 152/2006, rubricato «contenuto dell'ordinanza», prevede che l'ordinanza ministeriale per il ripristino del danno ambientale possa fissare «un termine, anche concordato con il trasgressore in applicazione dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, per il ripristino dello stato dei luoghi a sue spese, comunque non inferiore a due mesi e non superiore a due anni, salvo ulteriore proroga da definire in considerazione dell'entità dei lavori necessari.»

Una previsione funzionalmente e formalmente analoga alla precedente è prevista in tema di «determinazione delle misure per il ripristino ambientale», ex art. 306, co. 2, d.lgs. 152/2006 secondo cui: «il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare decide quali misure di ripristino attuare, in modo da garantire, ove possibile, il conseguimento del completo ripristino ambientale, e valuta l'opportunità di addivenire ad un accordo con l'operatore interessato nel rispetto della procedura di cui all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Gli istituti consensuali previsti dagli artt. 314, co. 2 e 306, co. 2, d.lgs. 152/2006 mostrano come in un settore altamente problematico dal punto di vista tecnico²²⁷ e caratterizzato da costi di ripristino molto elevati, la scelta di concordare gli adempimenti – o alcuni aspetti degli adempimenti – col soggetto obbligato appaia una soluzione efficace ed efficiente perché consente il governo della fase di esecuzione secondo un programma di sostenibilità tecnica ed economica per il soggetto obbligato. Onde evitare conseguenze maggiormente pregiudizievoli come un'esecuzione in danno²²⁸, l'operatore mosso dall'indefettibilità del ripristino, ha interesse ad adempiere in maniera economicamente sostenibile²²⁹, diluendo nel tempo i costi di ripristino attraverso, appunto, una programmazione dell'esecuzione. Per la pubblica amministrazione, invece, il vantaggio è rappresentato essenzialmente da una riduzione del rischio da inadempimento e, quindi, da una riduzione del rischio di dover sostenere le spese per eseguire direttamente le opere di ripristino.

²²⁶ M. Antonioli, *Consensualità e tutela ambientale fra transazioni «globali» e accordi di programma*, in *Dir. amm.*, 2012, 4, 749 e ss.

²²⁷ Sulla possibilità di accordo in merito ad un potere tecnico-discrezionale, v. G. Sciuillo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 821-822 e R. Garofoli e F. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel Diritto, 2015, 1165.

²²⁸ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 837.

²²⁹ In termini di riduzione del danno che viene dal provvedimento v. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 178.

Lo strumento dell'accordo, più in generale, dovrebbe produrre gli effetti positivi che sono ad esso riconosciuti come una disciplina maggiormente stabile e precisa dei comportamenti dei soggetti coinvolti e un effetto deflattivo del contenzioso amministrativo²³⁰.

Concentrando maggiormente l'attenzione sulle ipotesi d'accordo, previste dall'art. 306, co. 2 e dall'art. 314, co. 2, d.l.gs. 152/2006, si osserva che il legislatore ha costruito queste due ipotesi come accordi integrativi del provvedimento che trovano la propria condizione d'esistenza in uno spazio di scelta riservato alla pubblica amministrazione dalla norma attributiva del potere.

Nel caso dell'art. 306, co. 2, d.l.gs. cit. il Ministro ha il potere di valutare l'opportunità di addivenire ad un accordo con l'operatore interessato sulle misure di ripristino da attuare, in modo da garantire, ove possibile, il conseguimento del completo ripristino ambientale. Si tratta, dunque, di una scelta discrezionale («valuta l'opportunità») in ordine ad una scelta tecnico-discrezionale riguardante le misure da intraprendere per raggiungere, ove possibile, il completo ripristino. L'espresso richiamo della procedura prevista dall'art. 11 della l. 241/1990 qualifica questa norma come ricognitiva – e non derogatoria – rispetto al procedimento di cui all'art. 11 l. cit. e consente di attribuire a tale previsione speciale una funzione squisitamente promozionale.

Quanto al contenuto dell'accordo, esso verte sull'individuazione delle misure di ripristino concretamente possibili per assicurare l'integrale ripristino, dunque, sul *quid* del ripristino.

L'art. 314, co. 2, d.l.gs. 152/2006, invece, si occupa espressamente dei termini per l'adempimento degli obblighi imposti con l'ordinanza.

Per restringere lo spazio di discrezionalità della pubblica amministrazione ed assicurare la controllabilità dell'adempimento dell'ordinanza a scadenze prefissate, la legge precisa che il termine non può essere inferiore a due mesi ma non deve nemmeno superare i due anni, salvo, e qui si riapre uno spazio di valutazione tecnico-discrezionale a favore della pubblica amministrazione, che, in considerazione dell'entità dei lavori necessari, non si reputi opportuno concedere una proroga.

L'accordo trova origine nella discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel fissare i tempi necessari all'adempimento dell'ordinanza: nel rispetto dei limiti di legge, la determinazione delle scadenze può essere concordata, dunque, fra pubblica amministrazione e soggetto interessato in funzione dell'entità dei lavori.

Il parametro «dell'entità dei lavori» non sembra esaurirsi in una valutazione meramente tecnica riguardante i tempi materialmente necessari per compiere certe opere, ma pare dover tener conto della gravosità dei lavori per il patrimonio

²³⁰ G. De Maio, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto virtuale dagli accenti virtuosi*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 4, 753.

del soggetto obbligato. Anche in questo caso, la norma appare ricognitiva dell'art. 11 l. 241/1990 e si limita a tipizzare, in funzione promozionale, una fattispecie in cui la possibilità di addivenire ad accordo è espressamente prevista *ex lege*.

L'art. 314, tuttavia, non specifica i comportamenti necessari per adempiere, all'ordine di ripristino, di modo che si pone la questione se l'accordo possa verte- re anche sulle modalità d'esecuzione dell'ordinanza oppure solo sul termine tem- porale. La risposta pare dover essere positiva. Come si è già osservato, nel silenzio della legge, le modalità d'adempimento dell'obbligo, devono essere determinate dalla pubblica amministrazione in virtù del potere discrezionale riconosciute dall'art. 21 *ter*, co. 1, 2 cpv, l. 241/1990. Inoltre mette conto osservare che la fis- sazione del termine ha comunque ad oggetto il periodo d'adempimento dei lavo- ri di ripristino. Pare, dunque, coerente con questi due rilievi la conclusione che l'accordo ex art. 314, co. 2, d.lgs. 152/2006 possa avere ad oggetto un program- ma temporale di adempimenti del più generale obbligo di ripristino.

Entrambe le norme in esame, come osservato, non derogano all'art. 11 della l. 241/1990 ma si limitano ad individuare *ex lege*, con funzione promozionale²³¹, le fattispecie, caratterizzate da discrezionalità amministrativa, che espressamen- te possono dare vita ad un esercizio concordato del potere, al fine di integrare la componente precettiva dell'ordine di ripristino. Visto che tali norme non deroga- no all'art. 11 della l. 241/1990 ma ne sono, piuttosto, la ricognizione calata in uno specifico settore, sembra possibile ritenere che, qualora si presentino le stesse cir- costanze poste a fondamento delle fattispecie previste dagli artt. 306, co. 2 e 314, co. 2, d.lgs. 152/2006 e cioè vi sia l'esercizio almeno di un potere discrezionale per la determinazione dell'obbligo, del termine o delle modalità d'adempimento dell'obbligo, ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 11, l. 241/1990²³².

In conclusione, la vicenda degli accordi nei provvedimenti di ripristino ambientale²³³ induce a ritenere che l'accordo fra pubblica amministrazione e pri- vato si ponga come strumento giuridico generale per l'integrazione del provve- dimento ripristinatorio laddove residuino in capo all'amministrazione spazi di discrezionalità, anche tecnica²³⁴, per la definizione dei contenuti dell'ordine pre- paratorio dell'esecuzione.

Fino a questo punto, si è trattato dell'accordo relativo alla determinazione dei contenuti precettivi dell'ordine di ripristino che guardano all'esecuzione spon- tanea. Si pone, però, la questione, se possano aversi accordi integrativi del provve-

²³¹ G. Sciullo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, cit., 810. Nota è la scarsa pro- pensione delle pubbliche amministrazioni italiane ad amministrare per accordi.

²³² N. Bassi, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, *Comm. art. 11*, in a cura di M.A. San- dulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 563.

²³³ Sul carattere di "diritto-sonda" del diritto ambientale v. R. Ferrara, *Introduzione al diritto ammi- nistrativo*, Roma-Bari, 2014, 262 e ss.

²³⁴ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, 332.

dimento anche con riguardo all'accertamento dello stato di fatto non conforme a diritto cioè della fattispecie attributiva del potere di ripristino almeno laddove per l'accertamento della fattispecie si faccia esercizio di una discrezionalità tecnica. La risposta al problema pare dover essere negativa se, come osserva attenta dottrina, «la discrezionalità che può essere oggetto degli accordi è quella mediante la quale si determina il contenuto del “provvedimento finale”, non invece, quando ve ne sia, quella collegata alla valutazione dei presupposti del potere di decisione»²³⁵.

9. *Conclusioni: il provvedimento ripristinatorio come strumento di gestione partecipata dell'abuso*

In un recente saggio²³⁶ veniva criticata l' idoneità dei procedimenti ripristinatori a soddisfare direttamente l'interesse pubblico leso in quanto si tratterebbe di strumenti eccessivamente rigidi perché troppo vicini al modello sanzionatorio. Si proponeva, dunque, di utilizzare tecniche diverse meno «radicali e rozze» di «gestione dell'abuso»²³⁷.

L'abbandono dello strumento ripristinatorio, tuttavia, non è una politica del diritto perseguita né dal legislatore italiano né da quello europeo²³⁸. Anzi proprio la produzione legislativa degli ultimi anni in materia ambientale sembra proporre gli strumenti ripristinatori più raffinati.

I procedimenti di ripristino ambientale confermano l'esigenza della vincolatezza nell'*an* del ripristino (cfr. considerando 16 della direttiva 2004/35/CE) ma il legislatore europeo apre significativamente sul fronte della discrezionalità (cfr. considerando 24 della direttiva 2004/35/CE) nel *quid* e nel *quomodo* del provvedimento. Sul piano del diritto interno, in maniera lungimirante, il legislatore italiano ha previsto la possibilità di utilizzare moduli consensuali per l'esecuzione del provvedimento di ripristino.

Nel complesso, il legislatore europeo e quello italiano sembrano riporre fiducia in uno strumento ripristinatorio inteso quale misura esecutiva di chiusura di più complesse operazioni rimediali²³⁹.

Sicuramente, in certi settori, v'è stato un irrigidimento dei procedimenti ripristinatori ed un'assimilazione culturale degli stessi al modello sanzionato-

²³⁵ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 446.

²³⁶ G.D. Comporti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, cit., 464 e ss.

²³⁷ G.D. Comporti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, cit., 473-474.

²³⁸ Direttiva 2004/35/ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

²³⁹ G.D. Comporti, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, cit., 117 e ss.

rio²⁴⁰. Sul piano della politica del diritto, appare infatti controproducente privare la pubblica amministrazione degli spazi di discrezionalità necessari per garantire un efficace raggiungimento del risultato materiale adeguato alle circostanze concrete se, appunto, l'obiettivo del provvedimento ripristinatorio è proprio quello di raggiungere il risultato materiale prefigurato dalla legge²⁴¹. Una predeterminazione troppo specifica del contenuto prescrittivo del provvedimento di ripristino corre, in questo senso, il rischio di non consentire l'adeguamento dell'ordine alle particolarità del caso concreto²⁴². A ciò fa da contraltare, tuttavia, l'osservazione secondo cui quando la legge effettivamente fornisce interessanti spazi di discrezionalità, come accade con riguardo alla fissazione dei termini e delle modalità d'adempimento ex art. 21 ter, l. 241/1990, la prassi amministrativa tende a ritrarsi, non facendo efficace uso di tali margini di discrezionalità.

Con questo scritto, si è cercato di comprendere se e come fosse possibile correggere, a diritto invariato, le "rigidità" del procedimento ripristinatorio per renderlo idoneo all'effettivo perseguimento del risultato materiale di pubblico interesse.

La risposta che si è cercato di dare a questo problema propone una netta separazione concettuale dell'ordine di ripristino dal modello sanzionatorio, la valorizzazione degli spazi di discrezionalità dell'amministrazione, la valorizzazione dell'apporto partecipativo del soggetto interessato in vista dell'esecuzione spontanea e l'apertura verso moduli consensuali d'esecuzione dell'obbligo ripristinatorio. In questo contesto, si può scorgere una linea evolutiva di arricchimento delle funzioni dell'istituto della partecipazione all'interno del procedimento ripristinatorio. Oltre al ruolo difensivo svolto, soprattutto, con riguardo all'accertamento dei presupposti dell'ordine, la partecipazione è chiamata a coinvolgere e responsabilizzare l'interessato in vista dell'esecuzione spontanea, con un probabile miglioramento dell'effettività del provvedimento ripristinatorio²⁴³.

²⁴⁰ Si pensi all'evoluzione delle misure ripristinatorie in materia urbanistico-edilizia: dall'art. 32, l. 1150/1942 sino al sistema tipizzato degli artt. 27-36 del d.p.r. 380/2001. Sul piano dogmatico e giurisprudenziale si pensi, invece, all'elaborazione della categoria delle "sanzioni ripristinatorie".

²⁴¹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141.

²⁴² Il caso classico è rappresentato dall'ordine di demolizione di un edificio costruito in aderenza ad altro edificio legittimo.

²⁴³ Sul ruolo della partecipazione ai fini della garanzia dell'effettività della decisione amministrativa v. N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, cit.

La logica dei provvedimenti ripristinatori

Il saggio si interroga sulla qualificazione giuridica dei provvedimenti ripristinatori. La conclusione è che i provvedimenti ripristinatori, nonostante le differenti anime sostanziali, siano accomunati sul piano procedimentale e funzionale. Il provvedimento ripristinatorio, infatti, si qualifica come strumento giuridico per raggiungere il risultato dell'esecuzione spontanea dell'obbligo ripristinatorio. Nell'ottica di rendere possibile tale adempimento spontaneo, assume sicuro interesse la cooperazione fra pubblica amministrazione ed obbligato: si rende, pertanto, necessaria la partecipazione dell'interessato all'interno del procedimento ripristinatorio e si apre la possibilità di accedere a moduli consensuali per il governo della fase esecutiva.

The logic behind restorative measures

The essay questions the legal classification of the restorative measures. The conclusion is that restorative measures, despite the substantially different schools of thought, are united on a procedural and functional level. The restorative measure, in fact, qualifies as a legal instrument to achieve the spontaneous execution of the restorative obligation. In order to make such a spontaneous fulfilment possible, cooperation between the public administration and the obliged party is of great interest: it is therefore necessary to involve the interested party in the restorative procedure, opening up the possibility of accessing consensus modules for the governance of the executive phase.

