

Annullamento del permesso di costruire, risarcimento del danno e abusi in bianco.

Il nostro breve commento alla traccia assegnata all'esame di abilitazione forense 2017 quale atto giudiziario in materia regolata dal diritto amministrativo

A cura dell'Avv. Valentina Stefutti

Gli eventi seminariali organizzati da Diritto all'ambiente sono sempre più spesso frequentati anche da praticanti ed avvocati, tanto che sempre più spesso vengono accreditati dal Consiglio dell'Ordine del distretto in cui si svolge l'evento formativo.

Nella recente sessione di esame di abilitazione alla professione di avvocato, tenutasi, come ogni anno, nella seconda settimana di dicembre, è stata assegnata una traccia, per quanto riguarda l'atto giudiziario in materia regolata dal diritto amministrativo, afferente una tematica di sicuro interesse per i nostri Lettori.

Vale a dire quella dei permessi di costruire illegittimi rilasciati dalla Pubblica Amministrazione, cui sia seguito un provvedimento di caducazione da parte del Giudice Amministrativo, ed in cui venga in essere anche l'eventuale configurabilità del risarcimento del danno, derivante, per l'appunto, da tale pronuncia di annullamento.

Gli abusi in bianco, in sostanza, figura giuridica di iniziale elaborazione dottrinarica, ad opera del nostro Direttore Dott. Maurizio Santoloci, e ormai da molti anni fatta propria dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

Vi proponiamo qui di seguito il testo della traccia ministeriale assegnata, corredato da una breve nota di commento.

Resta inteso che la soluzione proposta, redatta in modo sintetico e schematico, ed elaborata sulla base dei più recenti ed autorevoli orientamenti giurisprudenziali formati in argomento, riveste mero valore orientativo.

“In data 9.6.15 il comune di Alfa rilascia a Tizio, sulla base delle dichiarazioni dello stesso rese nella domanda e nella documentazione allegata, il permesso di costruire per la realizzazione di una piscina a sfioro da interrare nel proprio giardino.

Tizio acquista tutti i materiali per la realizzazione della piscina, sostenendo una spesa pari a 27.000 euro.

In data 25.6.16, su ricorso di Caio, proprietario di un immobile confinante, il Tar di Beta annulla il predetto permesso di costruire, rilevando all’esito di una più apprezzabile istruttoria e sulla scorta di un CTU, l’illegittimità del titolo abitativo emesso in favore di Tizio. La sentenza passa in giudicato. A questo punto Tizio, con ricorso presentato dinnanzi al medesimo Tar, chiedo la condanna del Comune di alfa al risarcimento del danno patito in conseguenza dell’annullamento del citato provvedimento abitativo a sé favorevole.

Ricevuta la notifica del ricorso, la giunta del Comune di Alfa, delibera di resistere in giudizio conferendo l’incarico ad un avvocato del libero foro.

Il candidato, assunte le vesti del legale del Comune di Alfa, rediga memoria di costituzione in giudizio facendo valere le ragioni del proprio assistito in punto sia di giurisdizione sia di merito”.

L’atto da redigere era una memoria difensiva a favore del Comune, in cui affrontare in primo luogo la problematica del riparto di giurisdizione in merito alla proposizione della domanda risarcitoria derivante dall’annullamento giurisdizionale di un atto abilitativo illegittimo, perché contrario alla normativa edilizia ed urbanistica vigente e che si sostanziava, pertanto, in una chiara ipotesi di abuso in bianco.

In secondo luogo, era necessario contestare, nel merito, l’assenza di un danno ingiusto risarcibile e sulla carenza di un affidamento giuridicamente tutelabile, soffermandosi anche ad analizzare i profili di responsabilità di Tizio nella verifica del danno, secondo i principi di cui all’art.1227 c.c.

Ora, ripercorrendo i principi elaborati dalla giurisprudenza sia del Consiglio di Stato che della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, in materia di risarcimento del danno da illecita attività provvedimento dell’Amministrazione, esitata in un provvedimento favorevole, va detto che il candidato, assunte le vesti del legale del Comune di Alfa, avrebbe

dovuto in primo luogo eccepire il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, ai sensi degli artt. 9 e 11 c.p.a., avanti il quale Tizio aveva azionato la pretesa risarcitoria, trattandosi di controversia devoluta alla cognizione del Giudice Ordinario.

Invero, posto che nel caso di specie era stato appurato, con sentenza irrevocabile, che il potere amministrativo era stato utilizzato in modo illegittimo, dal momento che, sulla base delle mere dichiarazioni dell'istante e della documentazione allegata, la PA aveva rilasciato un titolo abilitativo non conforme alla vigente disciplina edilizia ed urbanistica, si doveva evidenziare, in sede di compilazione dell'atto, che il danno lamentato da Tizio non derivava dall'esercizio del potere autoritativo bensì dal comportamento, produttivo di danno patrimoniale, serbato dal Comune che aveva rilasciato a favore dello stesso un provvedimento di tipo accrescitivo (il permesso di costruire appunto) poi rivelatosi illegittimo, creando in capo a Tizio, a suo dire, una situazione di affidamento.

La causa del presunto danno, dunque, non consisteva in un provvedimento negativo rispetto all'esercizio di un diritto - nella specie, se del caso il diniego del permesso di costruire, e quindi la lesione di un interesse legittimo di tipo pretensivo - circostanza che avrebbe certamente fondato la sussistenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo, bensì, come detto, nel comportamento tenuto dall'Amministrazione.

Come ben chiarito, da ultimo, dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella pronuncia 4 settembre 2015 n.17586, *“La domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole”*.

Né in senso contrario, come autorevolmente riferito dalla Suprema nella succitata pronuncia, Tizio avrebbe potuto invocare l'art. 7 comma 4 c.p.a. che prevede la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.

Tale norma, infatti, va letta in combinato disposto con l'art. 30, comma 2 del c.p.a. il quale riconosce il diritto al risarcimento del danno ingiusto solo laddove questo derivi dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Il che, per le ragioni che abbiamo spiegato poc'anzi, non si era verificato nella fattispecie sottoposta all'attenzione del candidato.

Una volta sollevata l'eccezione del difetto di giurisdizione del GA nella controversa di che trattasi, il candidato avrebbe dovuto in ogni caso eccepire l'infondatezza nel merito del ricorso proposto da Tizio sotto due profili, quello dell'assenza di un danno ingiusto risarcibile e sulla carenza di un affidamento giuridicamente tutelabile, soffermandosi anche ad analizzare i profili di responsabilità di Tizio nella verifica del danno, ai sensi dell'art.1227 c.c.

Vediamo in dettaglio.

Va premesso che il rilascio di un provvedimento accrescitivo illegittimo non può mai creare una situazione di affidamento in capo a chi ne beneficia.

E' noto infatti che il danno ingiusto, risarcibile ai sensi dell'art.2043 c.c. che costituisce l'unico schema legale applicabile, sia pur astrattamente, alla fattispecie *de qua*, è solo il pregiudizio *non iure e contra ius*.

E' del tutto nota, e non necessita quindi di puntuali citazioni giurisprudenziali, la regola secondo la quale per "danno ingiusto" risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. si intende non qualsiasi perdita economica, ma solo la perdita economica ingiusta, ovvero verificatasi con modalità contrarie al diritto. Conseguenza logica della regola è quindi la necessità, per chiunque pretenda un risarcimento, di dimostrare la cd. spettanza del bene della vita, ovvero la necessità di allegare e provare di essere titolare, in base ad una norma giuridica, del bene della vita che ha perduto e di cui, attraverso la domanda giudiziale, vorrebbe ottenere l'equivalente economico.

Nel caso della domanda risarcitoria proposta contro la pubblica amministrazione da atto amministrativo illegittimo, la giurisprudenza ha affermato – cfr. da ultimo, Cons. Stato 30 gennaio 2017 n.361- che il mero annullamento giurisdizionale dell'atto, di per sé, non consente di riconoscere un risarcimento.

A ciò aggiungasi che nel caso di specie, il provvedimento era stato rilasciato sulla base di quanto dichiarato proprio da Tizio, in merito alla pretesa conformità dell'intervento alla normativa vigente.

Successivamente, tuttavia, era intervenuta la pronuncia di annullamento da parte del Tar di Beta, che peraltro a sua volta si era servito di un CTU, per ragioni di tipo tecnico e normativo e non già per contrarietà dall'*agere* amministrativo a quanto stabilito dalla legge e più in generale all'interesse pubblico.

Tanto che l'Amministrazione, qualora avesse posto in essere una condotta *jure* avrebbe dovuto porre in essere la condotta opposta, respingendo l'istanza di permesso di costruire ovvero ancora, a seguito di adeguata istruttoria, provvedere all'annullamento in autotutela del titolo illegittimo rilasciato.

Peraltro, non va dimenticato che chi presenta un progetto edilizio, avvalendosi dell'opera di qualificati professionisti, ha per primo l'onere di verificarne la conformità alla normativa vigente, non potendo poi pretendere di addossare all'Amministrazione, che non abbia a suo tempo rilevato profili di contrasto con la normativa vigente che avrebbero giustificato il rigetto dell'istanza, gli effetti dannosi subiti. (cfr. sul punto, Cons. Stato n. 183/2014). È evidente, dunque, che il comportamento di Tizio avesse contribuito in modo determinante al verificarsi del danno, con esclusione di responsabilità in capo all'Amministrazione.

Da ultimo, vi è da dire come, in applicazione del principio di cui all'art.1227 c.c., che impedisce il riconoscimento del danno in capo a chi avrebbe potuto evitarlo usando l'ordinaria diligenza, non vi è dubbio che Tizio, a fronte della pronuncia di annullamento del TAR, omise di interporre appello avanti il Consiglio di Stato.

Con la conseguenza che nel caso di specie si sarebbe potuta validamente eccepire l'applicabilità del più volte citato art. 30 comma 3 c.p.a., che esclude la possibilità di conseguire il risarcimento in caso di "*mancato esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento giuridico*".

Valentina Stefutti

Pubblicato il 18 dicembre 2017