

La doppia tutela in ambito edilizio dopo il nuovo Codice del processo amministrativo*.

di

Luigi Viola

Magistrato Tar

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 7 ottobre 2011

1. Italo Calvino, la complessità del reale e il discorso giuridico - 2. La cd. doppia tutela del privato inciso dall'attività edificatoria del vicino: l'impostazione tradizionale - 3. Verso una crisi del modello tradizionale? - 4. La crisi (probabilmente) definitiva: la tutela risarcitoria somministrabile dal Giudice amministrativo - 5. Verso un nuovo modello ricostruttivo dei rapporti tra le giurisdizioni.

1. Italo Calvino, la complessità del reale e il discorso giuridico.

Come ampiamente noto, la quinta delle *Lezioni americane*^[1] di Italo Calvino ha ad oggetto il tema della molteplicità del reale e dei diversi modi di rendere in letteratura l'indiscutibile complessità della vita moderna.

Quasi ad istituire un ponte con le problematiche giuridiche che saranno di seguito esaminate, la lezione destinata alla molteplicità in letteratura si apre con una citazione di Carlo Emilio Gadda dal sapore essenzialmente giuridico e che evidenzia assai efficacemente la complessità di ogni indagine in ordine alle causali che possono aver determinato un certo comportamento umano <<il dottor Ingravallo.....sosteneva, fra l'altro, che le inopinate catastrofi non sono mai la conseguenza o l'effetto che dir si voglia d'un unico motivo, d'una causa al singolare: ma sono come un vortice, un punto di depressione ciclonica nella coscienza del mondo, verso cui hanno cospirato tutta una molteplicità di causali convergenti: diceva anche nodo o groviglio, o garbuglio, o gnommero, che alla romana vuol dire gomitolò. Ma il termine giuridico "le causali, la causale" gli sfuggiva preferentemente di bocca: quasi contro sua voglia.il fattaccio era l'effetto di una rosa di causali che gli eran soffiato addosso a molinello^[2]>>.

La società moderna è pertanto indubbiamente caratterizzata da una <<molteplicità delle relazioni, in atto e potenziali>> che trova espressione in opere letterarie che sono costrette ad utilizzare una

* Lo scritto riproduce, con alcune modificazioni, la relazione al secondo gruppo di lavoro del Corso di formazione dei magistrati amministrativi tenutosi in Roma, presso la Scuola Superiore del Ministero degli Interni, nei giorni 3 e 4 ottobre 2011.

^[1] Si tratta delle *Norton poetry lectures* che Calvino (primo e unico italiano invitato a tenere le dette lezioni) avrebbe dovuto tenere nel corso dell'anno accademico 1985-1986 presso l'Università di Harvard e che non si sono mai tenute, a seguito della morte dell'Autore nella notte tra il 18 e il 19 novembre 1985. Successivamente alla morte di Calvino le cinque lezioni già in forma definitiva e l'ultima lezione, ancora in abbozzo, sono state raccolte nel libro *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, Mondadori, 1993.

^[2] Si tratta del celebre inizio di GADDA C.E. *Quer pasticciaccio brutto de via Merulana*, Milano, Garzanti, 1957, 1 e ss.; sulla visione della giustizia penale di Gadda, si veda oggi MARRA R. *La cognizione del delitto. Reato e <<macchina della giustizia>> nel <<Pasticciaccio>> di Gadda in Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, 157, 183.

pluralità di linguaggi: <<a differenza della letteratura medievale che tendeva a opere che esprimessero l'integrazione dello scibile umano in un ordine e una forma di stabile compattezza, come la *Divina Commedia*, dove convergono una multiforme ricchezza linguistica e l'applicazione di un pensiero sistematico e unitario, i libri moderni che più amiamo nascono dal confluire e scontrarsi d'una molteplicità di metodi interpretativi, modi di pensare, stili d'espressione. Anche se il disegno generale è stato minuziosamente progettato, ciò che conta non è il suo chiudersi in una figura armoniosa, ma è la forza centrifuga che da esso si sprigiona, la pluralità dei linguaggi come garanzia d'una verità non parziale^{3[3]}>>.

Secondo l'impostazione di Calvino, la molteplicità del reale può trovare espressione in quattro modelli diversi.

Il primo è costituito <<dal testo unitario che si svolge come il discorso d'una singola voce e che si rivela interpretabile su vari livelli^{4[4]}>>; ad avviso di chi scrive, si tratta di un modello che trova espressione, nell'altra fondamentale opera calviniana *Le città invisibili*, nella città di Zemrude che cambia aspetto a seconda dell'<<umore di chi la guarda>>: <<se ci passi fischiettando, a naso librato dietro al fischio, la conoscerai di sotto in su: davanzali, tende che sventolano, zampilli. Se ci cammini col mento sul petto, con le unghie fissate nelle palme, i tuoi sguardi s'impiglieranno raso terra, nei rigagnoli, i tombini, le resche di pesce, la cartaccia^{5[5]}>>.

Il secondo modello letterario teso ad esprimere la molteplicità del reale è poi costituito dal <<testo plurimo, che sostituisce alla unicità d'un io pensante una molteplicità di soggetti, di voci, di sguardi sul mondo, secondo quel modello che Michail Bachtin ha chiamato "dialogico" o "polifonico" o "carnevalesco", rintracciandone gli antecedenti da Platone a Rabelais a Dostoevskij^{6[6]}>>; anche in questo caso, si tratta di un modello che è presente nelle *Città invisibili* e che trova espressione nella città di Despina, che <<si presenta differente a chi viene da terra e a chi viene dal mare. Il cammelliere che vede spuntare all'orizzonte dell'altipiano i pinnacoli dei grattacieli, le antenne radar, sbattere le maniche a vento bianche e rosse, buttare fumo i fumaioli, pensa ad una nave, sa che è una città ma la pensa come un bastimento che lo porti via dal deserto, un veliero che stia per salpare, col vento che già gonfia le vele non ancora slegate, o un vapore con la caldaia che vibra nella carena di ferro.....Nella foschia della costa il marinaio distingue la forma di una gobba di cammello, d'una sella ricamata di frange luccicanti tra due gobbe chiazzate che avanzano dondolando, sa che è una città ma la pensa come un cammello dal cui basto pendono otri e bisacce di frutta candita, vino di datteri, foglie di tabacco, e già si vede in testa a una lunga carovana che lo

^{3[3]} Le citazioni sono da CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 111 e 115.

^{4[4]} CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 115; l'esempio portato da Calvino è costituito dall'opera di Alfred Jarry, <<*L'amor absolu* (1899) un romanzo di cinquanta pagine che può essere letto come tre storie completamente diverse: 1) l'attesa di un condannato a morte nella sua cella la notte prima dell'esecuzione; 2) il monologo d'un uomo che soffre d'insonnia e che nel dormiveglia sogna d'essere condannato a morte, 3) la storia di Cristo>>.

^{5[5]} CALVINO I. *Le città invisibili*, Torino, Einaudi, 1972, ora in *Romanzi e racconti*, Milano, Mondadori, vol. II, 1992, 412. Pur nella molteplicità delle letture, Calvino sottolinea però come non si possa <<dire che un aspetto della città sia più vero dell'altro>>; si tratta quindi pur sempre, come nel secondo modello tratto dalle *Lezioni americane*, di un solo testo suscettibile di più letture.

^{6[6]} CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 116.

porta via dal deserto del mare, verso oasi d'acqua dolce all'ombra seghettata delle palme, verso palazzi dalle spesse mura di calce, dai cortili di piastrelle su cui danzano scalze le danzatrici, e muovono le braccia un po' nel velo e un po' fuori dal velo^{7[7]}>>.

Il terzo modello preso in considerazione da Calvino è costituito dall'«opera che nell'ansia di contenere tutto il possibile non riesce a darsi una forma e a disegnarsi dei contorni e resta incompiuta per vocazione costituzionale, come abbiamo visto in Musil e in Gadda^{8[8]}>>; anche in questo caso, uno dei migliori esempi del modello è presente nelle *Città invisibili* ed è costituito dalla città di Ersilia, in cui «per stabilire i rapporti che reggono la vita della città, gli abitanti tendono dei fili tra gli spigoli delle case, bianchi o neri o grigi o bianco-e-neri a seconda se segnano relazioni di parentela, scambio, autorità, rappresentanza. Quando i fili sono tanti che non ci si può più passare in mezzo, gli abitanti vanno via; le case vengono smontate; restano solo i fili e i sostegni dei fili. Dalla costa d'un monte, accampati con le masserizie, i profughi di Ersilia guardano l'intrico di fili tesi e pali che s'innalza nella pianura...Riedificano Ersilia altrove. Tessonono con i fili una figura simile che vorrebbero più complicata e insieme più regolare dell'altra. Poi l'abbandonano e trasportano ancora più lontano sé e le case^{9[9]}>>.

Il quarto e ultimo modello è costituito dall'«opera che corrisponde in letteratura a quello che in filosofia è il pensiero non sistematico, che procede per aforismi, per lampeggiamenti puntiformi, e discontinui, e qui è giunto il momento di citare un autore che non mi stanco mai di leggere, Paul Valéry^{10[10]}>>; a questo quarto modello è probabile da riportare la città di Eudossia delle *Città invisibili*, in cui l'apparente confusione della città si manifesta, ma solo ad uno sguardo più attento, come espressione del disegno di un tappeto ordinato in figure geometriche: «a Eudossia, che si estende in alto e in basso, con vicoli, tortuosi, scale, angiporti, catapecchie, si conserva un tappeto in cui puoi contemplare la vera forma della città. A prima vista nulla sembra assomigliare meno a Eudossia che il disegno del tappeto, ordinato in figure simmetriche che ripetono i loro motivi lungo linee rette e circolari, intessuto di gugliate dai colori splendidi, l'alternarsi delle cui trame puoi seguire lungo tutto l'ordito. Ma se ti fermi a osservarlo con attenzione, ti persuadi che a ogni luogo del tappeto corrisponde un luogo della città e che tutte le cose contenute nella città sono comprese nel disegno, disposte secondo i loro veri rapporti, quali sfuggono al tuo occhio distratto dall'andirivieni dal brulichio dal pigia-pigia. Tutta la confusione di Eudossia, i ragli dei muli, le macchie di nerofumo, l'odore di pesce è quanto appare nella prospettiva parziale che tu cogli; ma il

^{7[7]} CALVINO I. *Le città invisibili*, cit. 370; a differenza di Zemrude, in cui la differenza d'aspetto della città è dovuta solo al diverso atteggiamento di uno stesso viaggiatore/interprete, la natura duplice di Despina è data dalle differenti “voci narranti” del marinaio e del cammelliere.

^{8[8]} CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 116.

^{9[9]} CALVINO I. *Le città invisibili*, cit. 422; il carattere incompiuto del modello è scolpito dalla considerazione finale: «così viaggiando nel territorio di Ersilia incontri le rovine delle città abbandonate, senza le mura che non durano, senza le ossa dei morti che il vento fa rotolare: ragnatele di rapporti intricati che cercano una forma»>>.

^{10[10]} CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 116; altri autori ascritti da Calvino al quarto modello sono Borges e Pécoc.

tappeto prova che c'è un punto dal quale la città mostra le sue vere proporzioni, lo schema geometrico implicito in ogni suo minimo dettaglio^{11[11]>>}.

Con tutta evidenza, la preferenza di Calvino è tutta per il quarto e ultimo modello ed in questo senso è la sua quinta proposta per il nuovo millennio^{12[12]}: una proposta che, in buona sostanza, tenga presente che <<ogni vita è un'enciclopedia, una biblioteca, un inventario d'oggetti, un campionario di stili, dove tutto può essere continuamente rimescolato e riordinato in tutti i modi possibili^{13[13]>>}.

Abbandonando la lunga digressione calviniana, è possibile aspettarsi, anche all'interno della sistematica giuridica, un "trattamento" della complessità del reale organizzato secondo i quattro modelli fondamentali elaborati dal Calvino? In buona sostanza, il punto di partenza (l'estrema complessità della società in cui viviamo) è, infatti, unico ed è possibile aspettarsi dei "discorsi giuridici della complessità" che utilizzino, anche all'interno del discorso giuridico, le stesse strutture fondamentali utilizzate in letteratura e chiaramente evidenziate dalla quinta delle *Lezioni americane*.

Del resto, all'interno dell'orientamento conosciuto come *Law and Literature*, sono presenti voci importanti^{14[14]} che, sottolineando il carattere narrativo del fenomeno giuridico, tendono a riconsiderare il rapporto tra diritto e letteratura <<non più in termini di verità e finzione, ma rispetto alla realtà, intesa come contesto simbolico e culturale ...(ric conducendo così) il mondo alla sua rappresentazione^{15[15]>>}.

A sostanziale riprova dell'attualità dell'utilizzo degli schemi di Calvino anche in ambito giuridico, nelle pagine seguenti sarà analizzata una problematica giuridica indubbiamente caratterizzata da un'elevata complessità di interessi tutelati (e di tecniche di tutela); problematica risolta dal diritto vivente attraverso un sistema di doppia tutela che riecheggia indubbiamente, come si vedrà, gli stilemi del secondo modello calviniano precedentemente richiamato (ovvero lo schema del <<testo plurimo, che sostituisce alla unicità d'un io pensante una molteplicità di soggetti, di voci, di sguardi sul mondo>>), ma che presenta indubbi aspetti di crisi che portano a ritenere preferibile (e forse a prevedere) un'evoluzione verso il quarto e più maturo schema calviniano (in cui <<tutto può essere continuamente rimescolato e riordinato in tutti i modi possibili>>).

^{11[11]} CALVINO I. *Le città invisibili*, cit. 440; l'unico modo per non perdersi a Eudossia è pertanto utilizzare il disegno del tappeto come carta geografica: <<quando ti concentri a fissare il tappeto riconosci la strada che cercavi in un filo cremisi o indaco o amaranto che attraverso un lungo giro ti fa entrare in un recinto color porpora che è il tuo vero punto d'arrivo>>.

^{12[12]} <<Tra i valori che vorrei fossero tramandati al prossimo millennio c'è soprattutto questo: d'una letteratura che abbia fatto proprio il gusto dell'ordine mentale e della esattezza, l'intelligenza della poesia e nello stesso tempo della scienza e della filosofia>>: CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 116.

^{13[13]} CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 121.

^{14[14]} Il riferimento è a COVER R. *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Torino, Giappichelli 2008 (a cura di Marco Goldoni).

^{15[15]} MITTICA M.P. *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo in Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, 281-282: <<negli anni '90 si afferma (pertanto) una nuova direttrice di ricerca nota come "teoria narrativa del diritto", attraverso cui si analizza il contenuto dei testi e dei discorsi formulati nel diritto come trame in comparazione con storie alternative, sulla base del presupposto che il diritto sia un racconto tra altri>>.

2. La cd. doppia tutela del privato inciso dall'attività edificatoria del vicino: l'impostazione tradizionale.

Quali sono gli strumenti di tutela che l'ordinamento riserva al proprietario nei confronti dell'attività edilizia posta in essere dal vicino sulla base di un permesso di costruire rilasciatogli dall'amministrazione, ma in violazione delle norme del codice civile o della strumentazione urbanistica che regolamentano, ad es., le distanze tra fabbricati?

Con tutta evidenza, siamo in presenza di una molteplicità di interessi tutelati e di sistemi di tutela che ben si inquadra nella molteplicità del reale che costituisce il punto di partenza dell'analisi di Calvino; sotto un primo aspetto, infatti, il rilascio del titolo autorizzatorio in violazione delle norme che regolamentano l'edificazione può essere agevolmente ricostruito nei termini "tradizionali" della violazione dell'interesse legittimo del vicino al rispetto delle norme edilizie e della conseguenziale tutela avanti al giudice amministrativo, nelle forme classiche dell'azione di annullamento (ed oggi, come si vedrà, anche dell'azione risarcitoria); sotto un secondo aspetto, però, la violazione delle cd. limitazioni legali alla proprietà (distanze; luci, vedute; ecc.) può essere azionata avanti al giudice civile, nelle forme previste dagli artt. 871 e 872 del codice civile (che attribuiscono al privato il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni e, in alcuni casi, la riduzione in pristino).

A questo proposito, la giurisprudenza italiana segue, ormai da lungo tempo, una soluzione che viene spesso (e giustamente) definita come della <<doppia tutela in materia edilizia>> e che può essere agevolmente sintetizzata utilizzando la schematizzazione proposta dalla migliore dottrina che si è occupata della questione: <<il privato, in conseguenza delle diverse posizioni giuridiche vantate in ordine all'osservanza delle norme edilizie, fruisce di una doppia tutela. La prima, che suppone la lesione di un interesse legittimo, si esercita mediante impugnazione davanti al giudice amministrativo della concessione edilizia, ai sensi dell'art. 31, 9° comma, della l. urb., al fine di ottenere l'annullamento di detta concessione, indipendentemente all'uso che ne sia stato fatto, e quindi anche se la costruzione non sia ancora iniziata. La seconda, che postula la violazione del diritto di proprietà per effetto dell'intervenuta costruzione, è attivabile davanti l'autorità giudiziaria ordinaria. In relazione al disposto degli artt. 871 e 872 cod. civ. –in rapporto cioè al fatto che le norme edilizie violate siano o meno integrative di quelle contenute negli artt. 873-899 cod. civ. ovvero da esse richiamate- il privato avanti all'A.G.O. può conseguire la riduzione in pristino e/o il risarcimento del danno^{16[16]>>.}

In buona sostanza, pertanto, la complessità delle situazioni giuridiche interessate dall'attività edilizia effettuata sulla base di un titolo autorizzatorio illegittimo, non viene risolta sulla base di una soluzione "monistica" tesa a concentrare la tutela avanti all'A.G.O. o al Giudice amministrativo, ma attraverso una soluzione "pluralistica" o "dualistica" che ammette la tutela avanti a tutte e due le giurisdizioni, secondo una sistematica che, alla fine, attribuisce al privato, due rilevanti *chances* di tutela avanti ad ordini giurisdizionali diversi; ed è su questa sistematica che ormai si è assestata,

^{16[16]} SCIULLO G. *Concessione edilizia e tutela civilistica fra privati* in *Riv. giur. urbanistica*, 1988, 17 e ss.

senza sostanziali contestazioni, la giurisprudenza dell'A.G.O. (in particolare, delle Sezioni Unite della Corte di cassazione)^{17[17]} e del Giudice amministrativo^{18[18]}.

In termini generali, siamo pertanto in presenza del sostanziale ricorso ad una categoria che notoriamente ricomprende <<i tentativi.....raggruppati sotto il nome di teorie della “doppia tutela” (*Doppelrechtsweg*) perché il loro elemento comune, nella varietà delle impostazioni, è rappresentato dallo sforzo di considerare ammissibili per lo stesso “episodio di vita” i due tipi di tutela^{19[19]}>>; si arriva, quindi, ad un sistema in cui è <<possibile ipotizzare, per lo stesso episodio della vita, tanto una tutela di annullamento dinanzi al Consiglio di Stato; quanto una tutela...dinanzi al G.O.^{20[20]}>>.

Ancora una volta siamo pertanto in presenza della sostanziale riemersione di un'impostazione che, in termini generali, è stata ormai abbandonata dal nostro sistema di giustizia amministrativa^{21[21]}, ma che continua continuamente a riemergere nei momenti di grande trasformazione del diritto

^{17[17]} <<Spetta al giudice amministrativo, in quanto attinente alla tutela di un interesse legittimo, la cognizione della controversia promossa dal privato nei confronti della p.a. al fine di ottenere l'annullamento della concessione edilizia, conseguita dal vicino in base a norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale assunte come contrastanti con le prescrizioni dettate, in materia di distanze tra fabbricati, dall'art. 9 d.m. 2 aprile 1968 n. 1444, emanato in esecuzione della l. n. 765 del 1967; né la pronuncia del giudice amministrativo, che annulli il provvedimento impugnato, è viziata da difetto di giurisdizione, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera di discrezionalità della p.a., considerato che, nell'ambito delle attribuzioni giurisdizionali di legittimità del giudice amministrativo, rientra il potere di sindacare la rispondenza del provvedimento impugnato alla normativa riguardante la materia, previa interpretazione delle leggi e degli atti amministrativi ad essa inerenti>>: Cass. civ., sez. un., 10 giugno 2004, n. 11023 in *Foro amm. CDS* 2004, 1608. Tra le tante, si vedano anche Cass. civ., sez. un., 1 luglio 2002, n. 9555 (in *Foro it.*, 2002, I, 3356; *Giust. civ.*, 2002, I, 2100), 4 ottobre 1996, n. 8688 (in *Foro it.*, 1997, I, 527) e 25 luglio 1994, n. 6940 (in *Foro. it. Rep.*, 1994); per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Rovigo, 20 marzo 1995 in *Giur. merito*, 1996, 269.

^{18[18]} Anche in questo caso, tra le tante, si vedano C. Stato, sez. IV, 6 luglio 2009, n. 4300 in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, 1682 (m), sez. V, 28 gennaio 1997, n. 84 in (*Riv. giur. edilizia*, 1997, I, 786), CGA 8 maggio 1997, n. 90 (in *Giust. amm. sic.*, 1997, 439), C. Stato, sez. V, 24 ottobre 1996, n. 1273 (in *Foro it.*, 1997, III, 83; *Cons. Stato*, 1996, I, 1518), T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 2 dicembre 2009, n. 8326 (in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 531), sez. I, 20 settembre 2002, n. 5427 (in *T.A.R.*, 2002, I, 4031) e T.A.R. Basilicata, 19 febbraio 2003, n. 160 (in *Giur. merito*, 2003, 1529). Di recente, la teorica della doppia tutela è stata confermata dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (C. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011 n. 15 in *www.federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*) in materia di denuncia di inizio attività, che ha giustificato la soluzione sulla base delle previsioni in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, comunque, della natura di interesse legittimo della posizione soggettiva del privato confinante: <<è sufficiente, all'uopo, ribadire che, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 3, del codice del processo amministrativo, in materia di dichiarazione di inizio attività sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che, in ogni caso, l'iniziativa proposta nel caso di specie da parte del terzo mira a far valere l'interesse legittimo leso dal non corretto esercizio del potere amministrativo di verifica della conformità dell'attività dichiarata rispetto al paradigma normativo, nella specie rappresentato dal divieto di aggravio della servitù ai sensi dell'art. 1067 del codice civile. La controversia sottoposta alla cognizione di questo Giudice non riguarda, quindi, un rapporto meramente privatistico, ossia il conflitto tra il denunciante che intenda svolgere l'attività oggetto della dichiarazione ed il terzo che lamenti l'indebita ingerenza nella sua sfera giuridica, ma si appunta su un rapporto amministrativo che ha come fulcro il corretto e tempestivo esercizio del potere amministrativo di controllo circa la conformità dell'attività dichiarata al paradigma normativo, con conseguente adozione delle misura inibitoria in caso di esito negativo del riscontro>>.

^{19[19]} NIGRO M. *Giustizia amministrativa*, V ed. a cura di CARDI E. e NIGRO A., Bologna, Il Mulino, 2000, 137.

^{20[20]} CARINGELLA F. *Il riparto in base al criterio della causa petendi* in CARINGELLA F., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. e POLI V. *Il riparto di giurisdizione* Milano, Giuffrè, 2005, I, 33 e VIOLA L. *Recenti tendenze della giustizia amministrativa: verso un diverso criterio di riparto della giurisdizione?* in *Giust. civ.* 1996, II, 155 e in *Cons. Stato* 1996, II, 311.

^{21[21]} Per le vicende delle teoriche della doppia tutela fino al cd. concordato giurisprudenziale, si rinvia a NIGRO M. *Giustizia amministrativa, cit.*, 137 e ss. e a VIOLA L. *Recenti tendenze della giustizia amministrativa: verso un diverso criterio di riparto della giurisdizione? cit.*

amministrativo^{22[22]}, nella conformazione giurisprudenziale di alcuni istituti del processo amministrativo^{23[23]} o in alcune materie caratterizzate dall'intreccio tra posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo (come i contratti pubblici^{24[24]}) o da particolari esigenze di tutela (come gli extracomunitari^{25[25]} o la materia tributaria^{26[26]}).

Ritornando specificamente alla problematica della doppia tutela in ambito edilizio, l'ammissione della possibilità di adire due diversi ordini giurisdizionali importa anche la possibilità di applicare allo stesso episodio di vita i due diversi modi di ragionare propri del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

In particolare, è stato esattamente rilevato come «ai fini della decisione delle controversie in sede civile nessun ruolo svolgono in linea di principio (salvo l'ipotesi della cd. concessione in deroga) l'esistenza o la mancanza, la legittimità o l'invalidità della concessione nonché la conformità oppure la difformità rispetto a quella della costruzione, avendo rilievo solo il contrasto della costruzione con le disposizioni edilizie contenute nel codice civile, nelle leggi speciali o nei regolamenti edilizi comunali richiamati dall'art. 871 cod. civ.^{27[27]}» e, del resto, si tratta di una ricostruzione sistematica strettamente aderente alla giurisprudenza che ha spesso affermato che l'intervento del provvedimento autorizzatorio edilizio «non trasforma l'attività del privato in attività di interesse generale e lascia impregiudicati gli eventuali limiti privatistici, che precludano la costruzione, sì da non subire alcuna interferenza per effetto degli stessi; pertanto, anche se la licenza edilizia risulti legittima, è tuttavia sindacabile da parte del giudice ordinario, l'operato di chi ha effettuato la costruzione, per quanto riguarda il concreto accertamento di eventuali violazioni delle norme del regolamento edilizio sulle distanze legali^{28[28]}».

^{22[22]} Per la riemersione della teorica della doppia tutela nella sistematica della sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione, si veda DUNI G., *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela - La cassazione ha compiuto la rivoluzione* in *Riv. amm.*, 1999, 767; per gli spazi di doppia tutela che sembrano emergere dall'affermazione della teorica dei cd. diritti incompressibili, si rinvia a MESSINEO D., *La doppia tutela dei diritti «incompressibili»* in *Foro amm. Tar.*, 2009, 2477.

^{23[23]} Come il giudizio di ottemperanza: SAITTA F., *Esecuzione forzata civile ed ottemperanza: un cumulo di azioni davvero inammissibile?* in *Foro amm. Tar.*, 2009, 2231.

^{24[24]} ADAMI P., *La doppia tutela dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo* in *Riv. amm.*, 2008, 583 e DE LUCA V., *La doppia tutela dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo: il caso della disciplina della revisione dei prezzi nei contratti pubblici di servizi e forniture* in *Riv. amm.*, 2008, 617.

^{25[25]} VETTORI N., *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero* in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, 2008, fasc. 1, 54; DI BARI P. L., *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino* in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, 2002, fasc. 1, 101; VIOLA L., *Tutela contro la discriminazione nei confronti degli extracomunitari e riparto di giurisdizione* in *Giurisdizione amministrativa*, 2008, II, 295.

^{26[26]} Per i limiti e le prospettive che derivano dal riconoscimento di spazi di doppia tutela in ambito tributario, si rinvia a VIOLA L., *Doppia tutela, doppi processi e interessi diffusi in diritto tributario* in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze* 2006, n. 3, 419.

^{27[27]} SCIULLO G., *Concessione edilizia e tutela civilistica fra privati*, cit. 18. MENGOLI G.C. *Manuale di diritto urbanistico*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2009, 1115 rileva plasticamente come «in sostanza, la disciplina privatistica riguarda il fatto oggettivo della costruzione, e su di esso solo si appunta, mentre l'azione avanti il giudice amministrativo riguarda il diritto ad eseguire la costruzione, ossia sempre e comunque *atti amministrativi* e non fatti».

^{28[28]} Cass. civ., sez. II, 26 aprile 1983, n. 2852 in *Riv. giur. edilizia* 1983, I, 943. La costruzione giurisprudenziale è poi completata dalla dottrina (MENGOLI G.C. *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 1119) e dalla giurisprudenza che hanno richiamato il ricorso all'istituto della disapplicazione, nell'ipotesi in cui il titolo edilizio contrasti con la strumentazione edilizia (Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2002, n. 16726 in *Foro amm. CDS* 2002, 2804; 15 luglio 1987, n. 6186 in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 144) o che ha semplicemente affermato la completa irrilevanza, ai fini civilistici, dell'atto autorizzatorio «senza che si renda necessaria neppure una sua deliberazione, in via meramente incidentale, da parte

Al contrario, l'intervento del giudice amministrativo deve necessariamente passare attraverso il prisma della valutazione di legittimità del provvedimento amministrativo che abbia autorizzato la costruzione o attraverso l'istituto del silenzio della pubblica amministrazione: <<pertanto la rilevanza della concessione edilizia si esaurisce, in genere, sul piano amministrativo, in rapporto a posizioni di interesse legittimo, riferibili a terzi, le quali, nel caso di costruzione condotta in assenza o in difformità rispetto alla concessione, risultano tutelabili, oltre che attraverso una denuncia alla competente autorità amministrativa, mediante impugnazione davanti al giudice amministrativo del comportamento omissivo tenuto dalla Pubblica Amministrazione su tale denuncia^{29[29]}>>.

Ai fini che ci interessano, è poi necessario sottolineare come la differenziazione tra le due forme di tutela investa, oltre che gli aspetti più direttamente inerenti alla struttura del sindacato giudiziale (ed alle tecniche di tutela^{30[30]}), anche la stessa strutturazione soggettiva del giudizio che, nel caso dell'A.G.O., si svolge esclusivamente tra privati, mentre nel caso del ricorso al Giudice amministrativo, investe ovviamente anche la pubblica amministrazione (oltre che il privato controinteressato): <<la giurisdizione del giudice ordinario presuppone, invero che la lite si svolga tra privati, l'uno dei quali, nelle controversie relative al rispetto delle distanze legali tra costruzioni, pretenda la reintegrazione del suo diritto di proprietà che assume leso dalla costruzione che l'altro ha eseguito in violazione delle norme legislative o regolamentari in materia edilizia.Se, invece, la controversia sia insorta tra il privato e la pubblica amministrazione per avere il primo impugnato (ad esempio) detta concessione al fine di ottenerne l'annullamento nei confronti della seconda, la giurisdizione, per costante giurisprudenza delle Sezioni Unite, spetta al giudice amministrativo^{31[31]}>>; ed in effetti, si tratta di una differenziazione soggettiva che è stata esattamente percepita dalla dottrina che, nello studiare la problematica della coesistenza delle posizioni soggettive nel riparto di giurisdizione, ha rilevato come, in alcune ipotesi, <<le situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo... (possano) coesistere in capo ad un solo soggetto ma avere direzioni diverse^{32[32]}>>, come indubbiamente avviene nella fattispecie che ci occupa in cui il privato è titolare di un diritto soggettivo nei confronti del privato confinante e di un interesse legittimo nei confronti della p.a.

In buona sostanza, pertanto l'esame della costruzione giurisprudenziale in materia di doppia tutela in materia edilizia evidenzia tutte le caratteristiche del secondo modello calviniano richiamato al § precedente.

dello stesso giudice>> (Cass. civ., sez. II, 16 giugno 1990, n. 6078 in *Foro. it. Rep.*, 1990). Nello stesso ordine concettuale, si pongono le decisioni che hanno riportato al merito e non alla giurisdizione le questioni relative allo scrutinio dei provvedimenti autorizzatori edilizi in controversie tra privati, investendo dette questioni <<l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario (divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E)>> e non, appunto, la giurisdizione: Cass. civ. sez. un., ord. 6 maggio 2003, n. 6887 in *Foro amm. CDS* 2003, 1528; 24 luglio 1986, n. 4753 in *Foro. it. Rep.*, 1986.

^{29[29]} SCIULLO G. *Concessione edilizia e tutela civilistica fra privati*, cit. 18.

^{30[30]} MENGOLI G.C. *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 1115.

^{31[31]} Cass. civ., sez. un., 10 giugno 2004, n. 11023 cit.; Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2002, n. 16726 in *Foro amm. CDS* 2002, 2804.

^{32[32]} PAJNO A. *Il riparto delle giurisdizioni* in CASSESE S. *Trattato diritto amministrativo-Diritto amministrativo speciale* Vol. V, II ed. Milano, Giuffrè, 2003, 4242.

Siamo, infatti, indubbiamente in presenza di un <<testo plurimo, che sostituisce alla unicità d'un io pensante una molteplicità di soggetti, di voci, di sguardi sul mondo>>; piuttosto che utilizzare, infatti, la lettura univoca che è propria delle soluzioni monistiche in tema di giurisdizione (ed in cui un determinato episodio di vita è letto e ricostruito secondo le categorie alternative ed escludenti dell'A.G.O. o del Giudice amministrativo), la vicenda che ci occupa è ricostruita dalla giurisprudenza secondo le categorie del testo plurimo in cui è presente <<una molteplicità di soggetti, di voci, di sguardi sul mondo>> ed in particolare, una sostanziale duplicità costituita dalle due diverse impostazioni della tutela avanti all'A.G.O. (con il suo corollario di diritti soggettivi, rapporti interpretati, disapplicazione del provvedimento autorizzatorio edilizio, ecc.) e della tutela avanti al Giudice amministrativo (anche in questo caso, con i diversi corollari dell'interesse legittimo, del rapporto pubblicistico, della prospettiva attizia, ecc.).

Potremmo, quindi, dire che la molteplicità del reale ha, nella vicenda che ci occupa, trasformato una narrazione strutturalmente incentrata su una voce sola (la problematica della giurisdizione) in una narrazione incentrata sul testo plurimo (in particolare, su un testo duplice) in cui la stessa vicenda è narrata in modo notevolmente diverso dalle due diverse voci dell'A.G.O. e del Giudice amministrativo.

Quanto sopra rilevato, è ancora più evidente ove si torni al già richiamato esempio della città di Despina tratto dalle *Città invisibili*; come Despina che <<si presenta differente a chi viene da terra e a chi viene dal mare>>, nella materia che ci occupa, lo stesso episodio di vita (una nuova costruzione da parte del vicino sulla base di un permesso edilizio rilasciato in violazione delle distanze) viene visto diversamente dal civilista (che inquadra la vicenda all'interno della tutela *ex art. 872 c.c.*) e dall'amministrativista (che, al contrario, tende a ravvisare nella fattispecie un provvedimento amministrativo illegittimo e annullabile).

In maniera non dissimile dalla città calviniana, lo stesso episodio di vita è quindi ricostruito diversamente, a seconda della diversa formazione e prospettiva di chi lo guarda; l'unica differenza rispetto alla Despina calviniana è data dal fatto che, mentre il cammelliere e il marinaio tendono a vedere nella città il proprio opposto (ossia il cammelliere il mare e la nave, mentre il marinaio vede il deserto e la terra), i giuristi, tendono a vedere egoisticamente la propria visione del mondo (ovvero, i civilisti la tutela risarcitoria e/o ripristinatoria *ex art. 872 c.c.*; gli amministrativisti, la tutela di annullamento ed oggi anche risarcitoria propria della giurisdizione amministrativa).

3. Verso una crisi del modello tradizionale?

La ricostruzione della vicenda secondo gli stilemi del testo plurimo proposta nel § precedente è realmente e ancora rispondente allo stato attuale dell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico? Oppure necessita di un qualche aggiornamento o, addirittura, di una riconsiderazione radicale secondo un modello ricostruttivo più adatto a rendere la complessità dell'intreccio di diritti ed

interessi che è sotteso ad un conflitto di interessi che inevitabilmente non può non toccare i rapporti interprivati ed il rapporto autorizzatorio con l'ente pubblico?

Già qualche anno fa, la dottrina aveva analiticamente confutato, in termini generali, uno dei presupposti di partenza dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, costituito dalla cd. irrilevanza della concessione edilizia rilasciata al terzo (la tutela somministrata al giudice civile guarda, infatti, esclusivamente al fatto dell'edificazione e non all'atto che permette la modificazione del territorio che viene normalmente disapplicato, oppure ritenuto ininfluenza ai fini della tutela *ex art. 872 c.c.*); il principio giurisprudenziale in questione, oltre a non considerare adeguatamente il ruolo conformativo del diritto di proprietà proprio dell'atto autorizzatorio edilizio, finiva, infatti, con il risolversi in un sostanziale paradosso, ovvero con l'esclusione della tutela ripristinatoria o risarcitoria avanti al giudice civile nell'ipotesi in cui il vicino avesse realizzato una nuova edificazione in assenza di titolo autorizzatorio edilizio (quindi *contra ius*), ma senza perpetrare una violazione delle limitazioni legali alla proprietà (requisito costitutivo della tutela civilistica); ed è proprio per ovviare al detto paradosso interpretativo che la dottrina in questione aveva auspicato una rimeditazione giurisprudenziale che, ammettendo la tutela risarcitoria civilistica anche nell'ipotesi della costruzione senza concessione edilizia^{33[33]}, ponesse in sostanziale discussione uno dei presupposti di base del sistema di doppia tutela, costituito dall'irrilevanza ai fini civilistici dell'atto autorizzatorio e dalla necessità per il giudice civile di guardare solo al fatto dell'edificazione e non all'atto permissivo.

Del resto, il sostanziale parallelismo tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa proprio del modello della doppia tutela si è, ben presto, dimostrato insostenibile in senso assoluto ed ha dovuto essere corretto dalla giurisprudenza, con riferimento ad almeno due ipotesi; la prima, facilmente comprensibile, riguarda l'ipotesi della cd. concessione edilizia in deroga, in cui le previsioni normative hanno introdotto <<una deroga che è valida non solo nei rapporti di diritto pubblico fra il costruttore ed il comune ma anche nei rapporti di diritto privato fra il costruttore ed i vicini, con la conseguenza che una costruzione conforme ad una licenza ... (in deroga) è pienamente legittima e non può essere considerata produttiva di danni per i vicini^{34[34]}>>; la seconda,

^{33[33]} SCIULLO G. *Concessione edilizia e tutela civilistica fra privati*, cit. 28; in questo caso, infatti, <<ciò che può essere messo in discussione è semmai l'ammontare del danno risarcibile.....In applicazione del criterio della c.d. causalità virtuale, sembrano allora doversi riconoscere irrisarcibili quei danni che il costruttore senza licenza dimostri che si sarebbero ugualmente prodotti anche se la concessione fosse stata rilasciata, ossia quelli comportati necessariamente dalla conformazione della proprietà nei termini in cui si è realizzata al momento del verificarsi del fatto edificatorio. La soluzione che si propugna trova, del resto, conforto in formulazioni della stessa Corte di Cassazione in tema di danni da costruzioni>>.

^{34[34]} Cass. civ., sez. II, 5 dicembre 1988, n. 6585 in *Giust. civ. Mass.* 1988, fasc. 12; 11 maggio 2000, n. 6038 in *Giust. civ. Mass.* 2000, 992; 28 maggio 2007, n. 12405 in *Giust. civ. Mass.* 2007, 5. Di conseguenza, <<il giudicato amministrativo sulla legittimità della licenza edilizia fa stato anche nella successiva controversia civile, intentata dal vicino contro il costruttore per la riduzione in pristino o il risarcimento dei danni, unicamente se trattasi di licenza in deroga, ossia rilasciata dalla p.a. nell'esercizio del potere discrezionale, riconosciuto dal regolamento edilizio, di derogare alle norme generali dello stesso, nel qual caso il diritto del privato all'osservanza di tali norme si affievolisce e, quindi, può trovare tutela solo dinanzi al giudice amministrativo. In ogni altra ipotesi, invece, riprende vigore il principio della doppia tutela, secondo cui il privato che si pretenda danneggiato dalla violazione di norme edilizie può far valere, nei confronti del costruttore, il proprio diritto soggettivo al risarcimento del danno e, se si tratti di norme integrative del codice civile, alla riduzione in pristino, risultando irrilevanti, nel relativo giudizio, le questioni

decisamente meno comprensibile e giustificabile (e che rappresenta una sostanziale contraddizione dell'impostazione complessiva della teorica della doppia tutela), riguarda l'attribuzione alla <<decisione del giudice amministrativo, che, su ricorso del proprietario del fondo vicino, ... (abbia annullato) la licenza edilizia per violazione delle norme del piano regolatore, ... autorità di giudicato, circa la validità ed operatività di tali norme, nonché l'illegittimità di detta licenza, e, quindi, della costruzione realizzata in base ad essa, nel giudizio civile che il medesimo proprietario proponga nei confronti dell'autore della costruzione, per il risarcimento del danno, qualora, nel concorso del requisito dell'identità dei soggetti (per essere stato il costruttore partecipe del giudizio amministrativo nella qualità di controinteressato), la pretesa risarcitoria venga fondata sulla stessa situazione di illegittimità denunciata davanti al giudice amministrativo, sicché l'accertamento in via principale da quest'ultimo compiuto preclude una rinnovazione della relativa indagine, in via incidentale, da parte del giudice ordinario^{35[35]>>}.

Parallelamente, anche con riferimento al versante del Giudice amministrativo, la giurisprudenza ha dovuto ammettere una sostanziale eccezione al sistema di tutele parallele, con riferimento ai procedimenti di condono edilizio che si sono succeduti a partire dalla l. 28 febbraio 1985 n. 47; in questo caso, l'impossibilità di equiparare il provvedimento di condono alla concessione edilizia in deroga^{36[36]} e la mancanza della previsione di un sindacato della p.a. in ordine al rispetto delle distanze^{37[37]} ai fini del rilascio del titolo in sanatoria hanno sostanzialmente ridotto la tutela del privato alla tutela *ex art. 872 c.c.*

L'evoluzione giurisprudenziale ha pertanto già da tempo evidenziato un territorio che non si esaurisce completamente nella teorica della doppia tutela, ma che prevede una serie di "strappi" - resi necessari dalla presenza di particolari istituti normativi (concessione edilizia in deroga; provvedimenti di condono edilizio; ecc.) o dalla necessità di operare un coordinamento tra le giurisdizioni (come è, probabilmente per l'orientamento in materia di efficacia di giudicato delle sentenze del Giudice amministrativo)- che incrinano la struttura "a due voci autonome" che, come già rilevato, è propria della ricostruzione tradizionale della fattispecie.

sull'esistenza e validità della licenza edilizia>> (Cass. civ., sez. II, 6 gennaio 1982, n. 24 in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 1).

^{35[35]} Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2005, n. 2213 in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 702, sulla base di Cass. civ. sez. un., 6 maggio 1998, n. 4573 in *Giust. civ.* 1999, I, 211, con nota di CARANTA; *Rass. avv. Stato* 1998, I, 388; *Foro it.* 1999, I, 236. In precedenza, si vedano Cass. civ., sez. II, 22 giugno 1982, n. 3789 in *Foro it.* 1982, I, 1838; 2 ottobre 1975, n. 3099 in *Foro it.*, 1976, I, 720; decisamente più in linea con il sistema di doppia tutela appare però Cass. civ., sez. II, 6 gennaio 1982, n. 24 cit. alla nota precedente, che limita l'efficacia di giudicato della sentenza del giudice amministrativo alla sola ipotesi della concessione edilizia in deroga.

^{36[36]} Cass. civ., sez. II, 24 giugno 1996, n. 5828 in *Giust. civ. Mass.* 1996, 915; 25 luglio 1992, n. 8994 in *Foro it.* 1993, I, 2299.

^{37[37]} T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 13 marzo 2008, n. 476 in *Foro amm. TAR* 2008, 3, 889; T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 11 dicembre 2007, n. 2048 in *Foro amm. TAR* 2007, 12, 3731; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 dicembre 2004, n. 17180 in *Foro amm. TAR* 2004, 12, 3724; C. Stato, sez. V, 19 marzo 1999, n. 277 in *Foro Amm.* 1999, 700, che ha esattamente rilevato, sotto il profilo intertemporale, come l'art. 39 l. n. 724 del 1994 precludesse il condono edilizio in relazione ad abusi che creassero limitazioni di tipo urbanistico alle proprietà finitime; <<tuttavia, la norma è stata successivamente sostituita, con l. 23 dicembre 1996, n. 662, dalla previsione secondo cui il rilascio delle concessioni edilizie in sanatoria non comporta limitazioni ai diritti dei terzi. La norma va (pertanto) interpretata alla luce dell'orientamento giurisdizionale formatosi in relazione alla salvezza dei diritti dei terzi nell'ambito del condono edilizio di cui alla l. n. 47 del 1985>>.

4. La crisi (probabilmente) definitiva: la tutela risarcitoria somministrabile dal Giudice amministrativo.

La sostanziale impossibilità di continuare ad applicare esclusivamente il parallelismo tra le giurisdizioni proprio della teorica della doppia tutela è poi resa ancora più evidente dall'esame di una problematica che, ad avviso di chi scrive, non è stata ancora adeguatamente affrontata dalla giurisprudenza e che investe la stessa struttura della tutela somministrabile dal giudice amministrativo.

A questo proposito, la dottrina tradizionale segue indubbiamente percorsi ricostruttivi ormai superati che tendono a ridurre la tutela somministrabile dal Giudice amministrativo alla sola tutela di annullamento: <<in conclusione, il criterio discriminante tra le due forme di azione, quella avanti il giudice amministrativo....e quella avanti il giudice ordinario (azione civile) è quello della richiesta sostanziale, in quanto si chiederà alla prima azione l'eliminazione di atti che in certo modo comportino effetti sia generali (piani regolatori e piani urbanistici in genere) che speciali (autorizzazioni e concessioni) per vizi propri,con il risultato di non giungere ad un immediato risultato, perché l'unica conseguenza dell'annullamento è la possibilità di applicazione di sanzioni amministrative e eventualmente penali. Al secondo tipo di azione, si chiederà l'emissione di una sentenza che possa dare luogo alla statuizione di un diritto ad un fare (demolizione) o ad un dare (risarcimento del danno) da parte del privato autore delle opere incriminate^{38[38]}>>.

Una volta ricostruiti in senso così limitativo i limiti dell'intervento del Giudice amministrativo prospettati dall'orientamento più tradizionale, appare di tutta evidenza come si tratti di un modello inevitabilmente destinato ad entrare in crisi per effetto delle modificazioni del giudizio amministrativo intervenute negli ultimi anni; in particolare, uno dei punti di crisi più importanti è indubbiamente costituito dal giudizio risarcitorio.

A questo proposito, la giurisprudenza, dopo aver riconosciuto la possibilità per il privato che abbia scelto di agire avanti al giudice amministrativo di richiedere anche la tutela risarcitoria avanti al medesimo giudice^{39[39]}, ha dovuto affrontare il delicato problema costituito dal coordinamento tra l'azione risarcitoria proponibile avanti al Giudice ordinario e l'azione risarcitoria proponibile avanti al Giudice amministrativo.

Non diversamente da altre problematiche (ad es. azioni risarcitorie proposte nei confronti della p.a. e del funzionario direttamente responsabile *ex art. 28 Cost.*), la strada scelta della giurisprudenza è stata quella "atomistica" che afferma la giurisdizione del Giudice amministrativo <<in relazione alla domanda proposta nei confronti del comune, avente ad oggetto un provvedimento amministrativo emesso nell'esercizio di poteri autoritativi>>, mentre devolve al Giudice ordinario

^{38[38]} MENGOLI G.C. *Manuale di diritto urbanistico, cit.*, 1115.

^{39[39]} In questo senso, di recente ma come *obiter*, si veda Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594 in *Foro. it. Rep.*

la controversia proposta contro il privato, <<trattandosi di fatto illecito extracontrattuale, senza che ciò escluda la possibilità di una responsabilità solidale dell'amministrazione^{40[40]}>>.

Anche prescindendo dall'evidente improprietà dell'affermazione del carattere solidale (peraltro stranamente affermato solo nei confronti della p.a. e non, parallelamente, nei confronti del privato autore della costruzione, sul versante pubblicistico della vicenda) della responsabilità risarcitoria, appare di tutta evidenza a chi scrive come la ricostruzione dell'intera vicenda risarcitoria sia condotta sulla base di schemi ormai superati e di scarsa utilità; in particolare, scarsamente utile (e sostanzialmente errata) si presenta la scissione della fattispecie risarcitoria in due ambiti (quello pubblicistico, di competenza, del giudice amministrativo e che vede come legittimato passivo il Comune che abbia rilasciato l'autorizzazione edilizia illegittima; quello privatistico, di competenza dell'A.G.O. e che vede come legittimato passivo solo il proprietario confinante che abbia realizzato la costruzione in violazione delle distanze) del tutto autonomi e non comunicanti (se non per l'affermazione della responsabilità solidale dell'amministrazione, con riferimento al versante privatistico).

Sotto il profilo amministrativo, infatti, la costruzione sopra richiamata non tiene in adeguata considerazione la stessa genesi procedimentale dell'atto autorizzatorio illegittimo ed in particolare, il fatto indubitabile che il proprietario confinante instaura e partecipa al procedimento, spesso determinandone l'illegittimità con false rappresentazioni dello stato dei luoghi o dichiarazioni non rispondenti al vero rese alla p.a.

Soprattutto nella prospettiva della forte crescita del ricorso a modelli di semplificazione dell'attività amministrativa come la d.i.a. o la s.c.i.a., la dottrina^{41[41]} ha quindi dovuto evidenziare come il privato che abbia reso una dichiarazione non rispondente al vero alla p.a. assuma un ruolo di corresponsabilità o di responsabilità esclusiva nella causazione dei danni originati dall'emanazione dell'atto amministrativo illegittimo; e, con tutta evidenza, si tratta di una considerazione estensibile anche alla vicenda che ci occupa, in cui il privato non si limita ad eseguire la costruzione sul versante "privatistico" della responsabilità (come nello schema ormai superato utilizzato dalla giurisprudenza), ma partecipa anche alla fase pubblicistica, determinando il contenuto del provvedimento con le dichiarazioni rese (direttamente o attraverso un professionista incaricato) alla p.a., assumendosene quindi anche la responsabilità in via esclusiva o concorrente con la pubblica amministrazione.

^{40[40]}Cass. civ. sez. un., ord. 12 marzo 2008, n. 6535 in *Foro amm. CDS* 2008, 4, 1039; *Riv. giur. edilizia* 2008, 4-5, 1000: <<come chiarito nella giurisprudenza di legittimità, la domanda risarcitoria nei confronti della p.a. va rivolta al giudice amministrativo in quanto la condotta causativa di danno si riconnetta direttamente all'esercizio di attività provvedimento (nella specie, rilascio di concessione edilizia), anche se il provvedimento sia stato annullato dallo stesso giudice in sede di giurisdizione di legittimità o a seguito di ricorso straordinario (ordinanza 15/6/2006 n. 13911)...Va invece affermata la giurisdizione ordinaria nella controversia promossa contro soggetti privati distinti dall'amministrazione. Quest'ultima potrà essere ritenuta solidalmente obbligata: ciò non costituisce ostacolo alla devoluzione al giudice ordinario della controversia avente ad oggetto la pretesa risarcitoria nei confronti di soggetti privati fondata sulla deduzione di un fatto illecito extracontrattuale>>.

^{41[41]} Per l'approfondimento della problematica, impossibile in queste pagine, si rinvia a VIOLA L. *Il concorso di responsabilità civile tra pubblica amministrazione e privati dopo il nuovo Codice del processo amministrativo in Giurisprudenza amministrativa*, 2010, II, 507-521.

In buona sostanza, pertanto, occorre trovare dei meccanismi giurisdizionali che permettano l'accertamento della responsabilità risarcitoria del privato richiedente la concessione edilizia (oggi permesso di costruire), già con riferimento alla fase pubblicistica del rapporto e non limitatamente alla fase privatistica dell'edificazione, come finora prospettato dalla giurisprudenza.

La fattispecie, fortemente problematica in passato e risolta prevalentemente secondo schemi "atomistici" (responsabilità della p.a. azionabile avanti al giudice amministrativo; responsabilità del privato azionabile avanti all'A.G.O.)^{42[42]} non dissimili da quelli sopra richiamati, è oggi semplificata dall'intervento di due importanti novità.

La prima è costituita dal nuovo orientamento delle Sezioni unite della Corte di cassazione^{43[43]} che, modificando quanto precedentemente ritenuto, ha ammesso la concentrazione avanti al Giudice amministrativo di azioni di regola attribuite alla cognizione dell'A.G.O. (si trattava di due azioni relative, rispettivamente, alla retrocessione totale o parziale di un bene espropriato), in ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e di indubbia connessione tra le azioni (nella fattispecie, determinata dal necessario accertamento, in punto di fatto, in ordine all'intervenuta utilizzazione del bene nella realizzazione dell'opera pubblica); il nuovo orientamento appare fondato, in buona sostanza, sull'interpretazione estensiva della previsione in materia di connessione prevista dall'art. 40 c.p.c., in un contesto, come la giurisdizione esclusiva, caratterizzato proprio da una stretta connessione di posizioni soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo: <<lo stretto collegamento per oggetto e titolo delle due domande prospettate implica di regola la trattazione in un unitario processo di entrambe le cause che da esse nascono, sempre che sulle stesse abbia giurisdizione un unico giudice (art. 40 c.p.c.); del resto la connessione indicata costituisce di regola la stessa *ratio* della scelta legislativa che riconosce la giurisdizione esclusiva ai giudici amministrativi nei casi in cui essa sussiste e quindi per economia processuale appare opportuno che un solo giudice dia tutela a diritti e interessi legittimi..... Sembra ovvio che, in rapporto al caso in cui l'oggetto delle domande attiene ad una materia di giurisdizione esclusiva, è di certo applicabile l'art. 40 c.p.c. per la parte in cui determina il potere di decidere le cause in un solo processo, anche ai sensi dell'art. 274 c.p.c.; tale processo unico dovrà svolgersi, come precisato nella norma di rito che precede, dinanzi al giudice con maggiori competenze, cioè a quello amministrativo, che può valutare la chiesta tutela degli interessi legittimi oltre che quella dei diritti soggettivi entrambe oggetto delle domande, indipendentemente dal riconoscimento nel merito delle situazioni soggettive il cui accertamento determinerà l'accoglimento dell'una o dell'altra richiesta di tutela>>.

La seconda importante novità è poi costituita dall'intervento della nuova previsione dell'art. 41, 2° comma ult. parte del nuovo Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (di seguito, indicato come c.p.a.) che, con riferimento alle azioni di condanna (e, quindi anche alle azioni risarcitorie), ha attribuito natura di litisconsorte necessario *ex art. 102 c.p.c.* agli <<eventuali beneficiari dell'atto illegittimo>>, prevedendo, in mancanza di notificazione da parte del ricorrente, l'obbligo per il giudice di disporre l'integrazione del contraddittorio, ai sensi del

^{42[42]} VIOLA L. *Il concorso di responsabilità civile tra pubblica amministrazione e privati dopo il nuovo Codice del processo amministrativo*, cit.

^{43[43]} Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2009, n. 14805 in *Riv. giur. edilizia* 2010, 1, 102.

successivo art. 49: <<qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile; altrimenti il giudice provvede ai sensi dell'articolo 49>>.

In altra sede^{44[44]}, è già stato rilevato come la previsione in discorso non possa essere ritenuta finalizzata solo alla formazione di un giudicato sull'illegittimità dell'atto utilizzabile successivamente in sede di autotutela (come riduttivamente ritenuto dalla relazione Governativa al Codice del processo amministrativo), ma costituisca (anche alla luce del principio di <<concentrazione di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi>> oggi espressamente previsto dall'art. 7, 7° comma c.p.a.) una norma sulla giurisdizione che impone la presenza nel processo risarcitorio avanti al Giudice amministrativo anche del soggetto beneficiario dell'atto ampliativo e quindi un simultaneo accertamento (con conseguenziale giudicato) della responsabilità, nella causazione del danno, della pubblica amministrazione e/o del soggetto privato, dell'eventuale presenza di ipotesi di concorso o, al contrario, di responsabilità esclusiva di una delle due parti in astratto responsabili della causazione del danno (oltre che della fondatezza dell'eventuale azione di regresso *ex art. 2055, 2° e 3° comma c.c.*, eventualmente esercitata dall'Amministrazione nei confronti del beneficiario dell'atto).

In questa prospettiva, appare pertanto di tutta evidenza come il sostanziale (e perfetto) parallelismo tra le giurisdizioni prospettato dalla teorica della doppia tutela appaia destinato ad entrare fortemente in crisi; da un lato, infatti, appare impossibile negare la responsabilità del privato, oltre che nella fase civilistica della costruzione, anche nella fase amministrativa del rilascio del titolo concessorio; dall'altro, tale responsabilità appare inevitabilmente attratta dal Giudice amministrativo, per effetto dell'estensione anche alla problematica della giurisdizione del principio della connessione (operata da Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2009, n. 14805) e dell'intervento della nuova previsione dell'art. 41, 2° comma c.p.a.

A questo punto, rimane da chiedersi quali spazi rimangano al Giudice ordinario in sede risarcitoria *ex art. 872 c.c.*, nell'ipotesi in cui, in realtà, la causazione del danno derivi geneticamente dall'inesatta rappresentazione dei luoghi e/o dalla falsa dichiarazione resa dal privato in sede di procedimento di rilascio del titolo edilizio (magari considerata tanto rilevante dal Giudice amministrativo da indurlo ad escludere la responsabilità risarcitoria della p.a. e ad affermare la responsabilità esclusiva del privato nella causazione del danno) e dal conseguenziale errore della p.a. nel rilascio del titolo concessorio.

A meno di ritenere che la giurisdizione del Giudice ordinario sia limitata alla condanna del privato al risarcimento del danno sulla base del giudicato formatosi avanti al Giudice amministrativo^{45[45]},

^{44[44]}VIOLA L. *Il concorso di responsabilità civile tra pubblica amministrazione e privati dopo il nuovo Codice del processo amministrativo*, cit. cui si rinvia per l'approfondimento della problematica.

^{45[45]} Tesi affermata dalla dottrina (FERRARI G(iulia) *Il nuovo codice del processo amministrativo, Commento analitico al D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Roma, Nel Diritto Editore, 2010, 145; CHIEPPA R. *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)* Milano, Giuffrè, 2010, 291) con riferimento alla previsione dell'art. 41, 2° comma c.p.a., ma ritenuta da chi scrive (VIOLA L. *Il*

sembra a chi scrive che sia quasi impossibile negare che i danni derivanti dall'edificazione costituiscano l'estrinsecazione finale di una condotta che affonda le proprie radici nella fase pubblicistica della richiesta del titolo concessorio^{46[46]}, con conseguenziale "svuotamento" della fattispecie risarcitoria *ex art. 872 c.c.* nei confronti della competenza in sede risarcitoria del Giudice amministrativo; in questa prospettiva, la fattispecie risarcitoria *ex art. 872 c.c.* finirebbe pertanto per esser confinata alla sola ipotesi della costruzione in assenza di titolo concessorio edilizio^{47[47]}, essendo destinata ad essere surrogata, nella diversa ipotesi della costruzione eseguita sulla base dell'atto concessorio illegittimo, da una figura risarcitoria unitaria che affonda le proprie radici nel procedimento amministrativo e che quindi è inevitabilmente caratterizzata dal carattere pubblicistico.

In maniera non dissimile da quanto avvenuto con riferimento ad altre problematiche, la ricostruzione dei poteri di intervento del Giudice amministrativo in termini di risarcimento del danno, oltre che di annullamento dell'atto impugnato, scompagina pertanto la ricostruzione della fattispecie proposta dalla giurisprudenza tradizionale ed evidenzia una fattispecie risarcitoria caratterizzata da un carattere così profondamente unitario da porre in crisi il sostanziale parallelismo delle giurisdizioni finora prospettato dalla giurisprudenza.

5. Verso un nuovo modello ricostruttivo dei rapporti tra le giurisdizioni.

L'analisi più approfondita della problematica della tutela del terzo avverso l'attività edilizia illegittima del vicino condotta ai due paragrafi precedenti ha esaurientemente evidenziato come, ormai, la teorica della doppia tutela cominci ad evidenziare delle "crepe" evidenti, già riconoscibili nell'attuale evoluzione della giurisprudenza o che potrebbero evidenziarsi nello sviluppo futuro dell'evoluzione giurisprudenziale; il sostanziale parallelismo delle giurisdizioni prospettato dalla teorica della doppia tutela appare, infatti, già in crisi con riferimento a due vicende importanti come la concessione edilizia in deroga (in cui la natura derogatoria del titolo edilizio porta a concentrare la tutela avanti al giudice amministrativo) e i provvedimenti di condono edilizio (in cui la mancanza di una valutazione, in sede amministrativa, in ordine al rispetto delle limitazioni civilistiche della proprietà, porta a riportare la tutela di tali posizioni soggettive alla sola tutela *ex art. 872 c.c.*); la crisi rischia poi di diventare ancora più evidente e definitiva, quando la giurisprudenza sarà costretta ad affrontare la problematica della tutela risarcitoria, anche con riferimento al ruolo (finora non

concorso di responsabilità civile tra pubblica amministrazione e privati dopo il nuovo Codice del processo amministrativo, cit.) infondata alla luce del principio di economicità dei giudizi.

^{46[46]} Del resto, anche in termini più generali, l'attività edificatoria non costituisce che l'estrinsecazione finale, secondo le leggi ella causalità, di una condotta illecita che parte "da lontano", ovvero dalla presentazione di un'istanza contenente una falsa rappresentazione dei luoghi alla p.a., con l'intento di ottenere un permesso di costruire illegittimo e di giovare in sede di edificazione.

^{47[47]} Con riferimento a questa fattispecie, la problematica del coordinamento delle azioni risarcitorie sembra anzi destinata a riemergere in una prospettiva "rovesciata" nell'ipotesi in cui, a seguito dell'inerzia della p.a. nella repressione dell'abuso edilizio (appositamente denunciato dal privato), sorga una responsabilità dell'amministrazione per la mancata risposta all'istanza o per il cattivo governo dei poteri repressivi in materia di assetto del territorio.

adeguatamente valorizzato) che il privato richiedente il titolo autorizzatorio edilizio svolge nel procedimento concessorio.

Il modello ricostruttivo del <<testo plurimo>> utilizzato dalla teorica della doppia tutela rischia pertanto di non essere più sufficiente a descrivere un mondo caratterizzato da una complessità sempre maggiore e che non si presta più ad essere racchiuso nello schema dualistico finora utilizzato.

È quindi necessario passare ad uno schema ricostruttivo più complesso ed in particolare, al quarto ed ultimo modello calviniano richiamato al primo paragrafo e costituito dall'<<opera che corrisponde in letteratura a quello che in filosofia è il pensiero non sistematico, che procede per aforismi, per lampeggiamenti puntiformi, e discontinui^{48[48]}>>; ed in effetti, l'analisi condotta in queste pagine ha evidenziato, si spera con sufficiente chiarezza, come l'intera problematica, finora risolta attraverso lo schema del testo plurimo, sia, in realtà, caratterizzata da <<lampeggiamenti puntiformi, e discontinui>> che pongono in crisi lo schema dualistico di base, prevedendo delle *enclaves* in cui, di volta in volta, tende a prevalere la ricostruzione pubblicistica (autorizzazioni edilizie in deroga; problematiche risarcitorie) o, alternativamente, la tutela civilistica *ex art. 872 c.c.* (provvedimenti di condono edilizio); in buona sostanza, siamo pertanto in presenza, per dirla con le parole di Calvino, di quel <<campionario di stili, dove tutto può essere continuamente rimescolato e riordinato in tutti i modi possibili^{49[49]}>> che è proprio del quarto modello.

La sensazione evidente è pertanto quella di essere in presenza della città di Eudossia descritta nelle *Città invisibili* di Calvino; l'apparente confusione della materia (diverse ricostruzioni tese a far prevalere, a seconda delle ipotesi concrete, la tutela civilistica o pubblicistica) della visione a prima vista, si rileva, all'esame più approfondito, come espressione di un disegno (il tappeto calviniano) che costituisce espressione di una sistematica certo più complessa dello schema duplice del parallelismo delle giurisdizioni finora utilizzato.

In questa prospettiva, il filo ricostruttivo (il <<filo cremisi o indaco o amaranto>> di Calvino) che permette di "leggere" e comprendere l'intero disegno del tappeto è indubbiamente costituito, ad avviso di chi scrive, dal riferimento al principio di rilevanza del procedimento amministrativo concessorio ed alla strutturazione del sindacato operato dalla p.a.^{50[50]}; solo il riferimento alla struttura e particolarità delle valutazioni operate in sede amministrativa dalla p.a. permette, infatti, di comprendere e risolvere adeguatamente le problematiche della concessione edilizia in deroga e della tutela risarcitoria, valorizzando adeguatamente l'aspetto pubblicistico della fattispecie; e solo il riferimento alla particolarità dei procedimenti di condono edilizio (che, a differenza dell'ipotesi ordinaria, non consentono il sindacato in sede amministrativa del rispetto delle limitazioni legali alla proprietà da parte della p.a.) permette di giustificare l'apparente eccezione che, al contrario, valorizza l'aspetto privatistico di una tutela tutta giocata sulla previsione dell'art. 872 c.c.

^{48[48]} CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 116.

^{49[49]} CALVINO I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, cit. 121.

^{50[50]} In questa prospettiva, gli esiti dell'analisi condotta in queste pagine appaiono sostanzialmente non dissimili dall'impostazione di SCIULLO G. *Concessione edilizia e tutela civilistica fra privati*, cit.

Luigi Viola

