

FOCUS

LEGITTIMAZIONE E INTERESSE NELL'IMPUGNAZIONE DEL TITOLO EDILIZIO E SALVEZZA DEI DIRITTI DEI TERZI.

LA REPRESSIONE DEGLI ABUSI EDILIZI E LA NATURA DELL'ACQUISIZIONE GRATUITA IN CASO DI INOTTEMPERANZA ALL'ORDINE DI RIPRISTINO.

Legitimacy and interest in challenging the building title and safeguarding the rights of third parties. The repression of building abuses and the nature of free acquisition in case of non-compliance with the restoration order.

Lorenzo Cordì ¹

ABSTRACT: Il contributo esamina in primo luogo le questioni relative alla legittimazione e all'interesse nell'impugnazione del titolo edilizio e alla salvezza dei diritti dei terzi, partendo da un inquadramento generale del tema ed esaminando l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale registratasi in materia. Il contributo esamina, altresì, il problema legato alla repressione degli abusi edilizi e alla natura dell'atto di acquisizione gratuita al patrimonio comunale in caso di inottemperanza all'ordine di ripristino, valutando le recenti statuizioni sul punto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

ABSTRACT: *The paper first examines the issues of standing and interest in challenging building permits and safeguarding third-party rights, starting with a general overview of the topic and examining the developments in case law and doctrine on the matter. The paper also examines the problem of repressing building violations and the nature of the act of free acquisition of municipal property in the event of non-compliance with the restoration order, evaluating recent rulings on this issue by the Plenary Session of the Council of State, also in light of the case law of the European Court of Human Rights.*

SOMMARIO: 1. Premessa. **Parte I.** Legittimazione e interesse nell'impugnazione del titolo edilizio e salvezza dei diritti dei terzi. 2. L'intreccio tra diritto materiale e diritto processuale e la posizione del terzo nel "rapporto amministrativo". 3. La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: aspetti generali. 4. Qualificazione e differenziazione dell'interesse tra indici normativi e criteri fattuali.

¹ Consigliere di Stato. Il testo riproduce la relazione svolta al Convegno "Ottemperanza ed esecuzione negli enti locali, tra scelte amministrative e poteri del giudice", svoltosi a Siracusa il 3-4 ottobre 2025. (Ndr: pubblicazione a cura dell'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa).

“Normatività” della legittimazione e differenze con l’interesse a ricorrere. 5. Qualificazione e differenziazione nel caso di impugnativa sorretta da interessi non dominicali. **Parte II. 6.** La repressione degli abusi edilizi e natura dell’acquisizione gratuita in caso di inottemperanza all’ordine di ripristino.

1. Premessa

La relazione assegnata involge plurime tematiche e, in particolare, richiede di esaminare, in primo luogo, i temi della legittimazione e dell’interesse nell’impugnazione del titolo edilizio e la salvezza dei diritti dei terzi, e, in secondo luogo, i temi della repressione degli abusi edilizi e della natura dell’acquisizione gratuita in caso di inottemperanza all’ordine di ripristino.

Prima di procedere secondo l’ordine indicato, occorre fare una premessa di carattere metodologico. Le tematiche oggetto dell’intervento sono di indubbia complessità e il tempo a disposizione non consente un’illustrazione analitica di tutti gli snodi attraverso i quali si articola la riflessione. Per non rinunciare all’esaustività occorre, quindi, limitarsi - almeno in parte - ad una mera illustrazione dei tasselli di questa riflessione, indicando, nei limiti del possibile, i riferimenti principali per ulteriori ed eventuali approfondimenti. Per le medesime ragioni si opererà, comunque, una selezione degli aspetti di maggiore interesse, incentrando su questi la trattazione che segue.

Parte I

Legittimazione e interesse nell’impugnazione del titolo edilizio e salvezza dei diritti dei terzi.

2. L’intreccio tra diritto materiale e diritto processuale e la posizione del terzo nel “rapporto amministrativo”.

Il titolo degli organizzatori è significativo, condensando tre fenomeni di eterogenea matrice. Un riflesso di quanto si scorge più in generale scorrendo di condizioni dell’azione, ove, come affermato di recente dal Presidente Patroni Griffi, il quadro teorico di riferimento è un intreccio tra aspetti sostanziali e processuali nel più complessivo sistema delle tutele⁽²⁾.

Qui l’intreccio è triplice: i) il diritto processuale amministrativo (ma invero anche civile in forza del rinvio esterno *ex art. 39 c.p.a* e in considerazione del fatto che molte tematiche riguardano proprio principi generali); ii) il diritto amministrativo materiale, tanto in relazione alle regole, che consentono la verifica della qualificazione e differenziazione dell’interesse, quanto in ordine, *ex aliis*, alle regole sostanziali sul titolo edilizio, al procedimento di formazione dello stesso (differenziato a seconda della tipologia del titolo), ai presupposti del potere di intervento e, per converso, alle regole relative ai casi di inerzia, con i conseguenti riflessi sul piano dei rimedi, con “ritorno”, dunque, al diritto processuale; iii) il diritto civile - evocato nella formula “salvezza dei diritti dei terzi” - ma, in realtà, rilevante

² F. PATRONI GRIFFI, *Introduzione*, in *Rileggendo i presupposti processuali e le condizioni dell’azione nel volume “Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati. In memoria di Aldo Mazzini Sandulli*, in *Dir. e Soc.*, 2025, p. 147.

anche nel procedimento di selezione dell'interesse qualificato e differenziato, atteso che, come evidenzia Guido Greco, è la posizione legittimante il substrato materiale e giuridico su cui si innesta l'interesse legittimo e, in molti casi, questa posizione legittimante discende proprio dalle norme civilistiche⁽³⁾. In sintesi, diritto (o diritti) processuali, da un lato, e diritti materiali, dall'altro.

Un tratto tipico del tema in trattazione, come dimostra l'intersezione tra le elaborazioni sostanziali e quelle processuali nella ricostruzione del concetto principale di questa analisi - che pure compare nel titolo -, costituito dalla nozione di terzo, nonché, necessariamente, dalla speculare nozione di parte.

Prendendo uno dei due settori materiali indicati (il diritto civile) lo testimonia, ad esempio, la voce "*Parte del negozio giuridico*" di Giovanni Battista Ferri⁽⁴⁾, che esordisce richiamando il pensiero del processualcivilista Chiovenda⁽⁵⁾, constatando la non sufficienza delle tradizionali nozioni di matrice esclusivamente civilistica francese⁽⁶⁾, e provando - anche alla luce di principi processuali - a costruire in positivo la nozione di terzo evidenziando, all'esito, come tale concetto rilevi: *i)* da un lato, quando l'effetto del regolamento di interessi negoziale sia diretto a coinvolgere il terzo (come accade nel contratto a favore di terzo, nell'accollo, nel contratto per persona da nominare); *ii)* dall'altro, quando l'effetto del negozio non è diretto a coinvolgere il terzo e, tuttavia, l'operazione economica, che il negozio esprime, finisce per essere rilevante per il terzo come elemento di una fattispecie complessa (come accade nell'azione revocatoria).

Questa tassonomia si fonda, come evidente, sul negozio giuridico e, quindi, non è trapiantabile *tout court* nel rapporto amministrativo. Ma non lo è anche per una ulteriore notazione che si coglie proprio partendo dalla premessa metodologica di Ferri (e cioè dall'idea di un inscindibile rapporto tra le nozioni di parte e terzo), il quale oltre a Chiovenda evoca il pensiero di Satta, per il quale «*il termine di parte originariamente e naturalmente espressione di una relazione oggettiva col tutto, con un tutto che è formato appunto di tante parti e che tutte le contiene, viene traslato ad indicare un soggetto nella sua relazione con un divenire*»; la parte è, quindi, «*l'azione considerata nel soggetto che la svolge*»⁽⁷⁾.

Nel rapporto amministrativo, una delle parti ha un posizione peculiare, atteso che la sua azione non è finalizzata al perseguimento di interessi particolari e autonomamente determinati e alla realizzazione di una funzione economico-individuale⁽⁸⁾ ma è

³ G. GRECO, "Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati" e l'attualità del pensiero di Aldo Mazzini Sandulli. Una introduzione, in *Rileggendo i presupposti processuali*, cit., p. 136.

⁴ G.B. FERRI, *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 901 ss.

⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, 213, secondo il quale «*la determinazione del concetto di parte non ha una mera importanza teorica, ma è necessaria per la soluzione di gravi problemi pratici*», (che a sua volta, diremmo, guarda al diritto sostanziale), aggiungendo come sia «*importante per l'identificazione delle azioni stabilire se una persona sia parte o terzo*».

⁶ A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, Strasbourg, 1938, pp. 58 ss.; J. CARBONIER, *Droit civil*, II, Paris, 1957, pp. 472 ss.)

⁷ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile. Disposizioni generali*, Milano, 1959, p. 252; Id., *Il concetto di parte*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, Padova, 1958, 691 ss.

⁸ Questa nozione si deve all'opera di G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, in particolare 355 ss.; Id., *La causa nella teoria del contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997, 418 ss.; Id., *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 897 s.; Id., *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò*, ivi, 2007, 659 s.; Id., *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico individuale*

eterodeterminata sul piano dei contenuti e delle finalità dell'azione dalle regole e dai principi che governano l'azione amministrativa. In questa azione la parte pubblica è tenuta a perseguire l'interesse pubblico e a verificare che la propria azione di verifica dei presupposti per la soddisfazione dell'interesse legittimo della "parte" non leda però un terzo. Lo coglie Cerulli Irelli quanto evidenzia come sia «*proprio la tutela dei terzi, la rilevanza giuridica della loro posizione soggettiva a fronte di una determinata azione amministrativa, che costituisce il vero discrimine tra diritto amministrativo e diritto privato*»⁽⁹⁾. Lo coglie, altresì, De Lucia e gli altri autori, che parlano di poligonalità dell'attività amministrativa provvedimentale⁽¹⁰⁾. Lo coglie in ultimo Carpentieri nella sua riflessione sulla razionalità complessa dell'agire amministrativo, enfatizzando proprio la diversa posizione di terzi rispetto all'azione della

del negozio giuridico, Dir. giur., 2008, 317 ss.; Id., *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, Riv. int. fil. dir., 2008, 171 ss.; Id., *Une cause qui ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del Code civil*, Riv. dir. comm., 2017, 1 ss. Come notato da F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, nota 124, nell'impostazione di Ferri, l'estensione del giudizio di cui all'art. 1322, co. 2, c.c. a ogni contratto, inclusi quelli tipici, è finalizzata a rompere l'indebita identificazione della causa col tipo, su cui la dottrina dominante nella prima metà del '900 si è attestata. All'indagine sull'interesse non si sottraggono neppure i contratti tipici, i quali ben possono essere impiegati per perseguire funzioni differenti rispetto a quelle che emergono dallo schema legale. Osserva Ferri che «*l'interesse realizzabile mediante il contratto non è soltanto quello che corrisponde alle strutture tipiche; non è cioè, soltanto un interesse tipizzato. Il contratto può, infatti, realizzare anche interessi nuovi e diversi, purché siano meritevoli di tutela; e la realizzazione di questi interessi nuovi e diversi si può attuare, sia attraverso l'attribuzione di una nuova funzione alle strutture già tipiche, sia attraverso la creazione di nuove strutture*». Nella costruzione di F. il giudizio causale orientato sempre all'interesse oggettivamente e consapevolmente determinato dalle parti è funzionale al compimento del solo sindacato di liceità della causa e non già di un controllo sul contenuto del contratto. Infatti, per Ferri, il giudizio di meritevolezza dell'interesse coincide con quello di liceità, i cui criteri «*sono quelli enunciati nell'art. 1343 c.c.: norme imperative, ordine pubblico, buon costume. Soltanto quando l'interesse perseguito con il contratto sia contrario a siffatti principi, l'interesse non è meritevole di tutela*». La posizione di F. è stata ribadita e chiarita ulteriormente in G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 366 ss., in part. 373-374. La nozione è, quindi, chiaramente differente da quella invalsa nella prevalente giurisprudenza di legittimità, in specie in ordine al controllo di adeguatezza. Sull'evoluzione della giurisprudenza sul punto si rinvia all'analisi di V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente con la giurisprudenza di legittimità e di merito)*, in Riv. dir. civ., 2013, 957 ss. Sul tema della causa in concreto si veda, ex multis, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in Riv. dir. civ., 2014, 256 ss.; M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in Corr. giur., 2013, 1441 ss.; F. DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio di credito*, in Nuove leg. civ. comm., 2013, 1363 ss.; L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione. Raccolta di studi in memoria di Antonio Brancaccio*, VII, 2013, Milano, 55 ss.; R. CATALANO, *La causa contrattuale nell'"uso" della giurisprudenza*, in Dir. giur., 2011, 513 ss.; R. SGROI, sub art. 1325 c.c., in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV Delle obbligazioni (artt. 1321-1361)*, a cura di R. SGROI, con il coordinamento di S. RUPERTO, Milano, 2011, spec. 337 ss.; F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. BOMBELLI e B. MONTANARI, Torino, 2015, 70 ss.; AA.VV., *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, a cura di F. ALCARO, Milano, 2016.

⁹ V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in Astrid-Rassegna, 2005, n. 4.

¹⁰ L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra sostanza e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo: dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna 2016). V., anche, R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in

parte amministrazione come una delle componenti della irriducibilità del diritto amministrativo al diritto privato⁽¹¹⁾.

In sostanza, il complesso delle regole che governano l'azione amministrativa non guida l'azione della p.a. verso il solo "destinatario" di tale azione - che in questi termini non è forse neppure predicabile ⁽¹²⁾ - ma involge anche le posizioni di ulteriori soggetti, con una platea a geometrie variabili, a seconda della tipologia di provvedimento e degli effetti che lo stesso provvedimento è in grado di sprigionare. Questi soggetti vantano una posizione di immunità ⁽¹³⁾ da cui nasce il proprio interesse legittimo, e cioè, una situazione giuridica di vantaggio che garantisce al titolare una tutela rafforzata grazie all'imposizione in capo alla P.A. di obblighi di protezione, ai quali si correla, dunque: i) una situazione inattiva di attesa ma, al contempo, attiva nella partecipazione procedimentale ove prevista, giuridicamente fondata, che la parte valuti e ponderi la propria posizione nell'adozione della decisione; ii) una situazione attiva di tutela dell'interesse legittimo che sia stato effettivamente leso.

3. La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: aspetti generali

In questo contesto va inquadrato il tema della legittimazione a ricorrere, considerato che, come esposto, la disciplina processuale risulta intimamente connessa a quella materiale. Le riflessioni sin qui condotte conducono, inoltre, a ritenere che l'istituto in esame abbia portata più ampia rispetto all'omologo valevole nel processo civile. Questa maggior ampiezza discende: i) dalla duplice fonte materiale da cui si estraggono i parametri per la qualificazione e differenziazione della posizione protetta, che, come esposto, derivano sia dal diritto civile, sia dal diritto amministrativo; ii) dalla natura poligonale del rapporto amministrativo che involge plurime posizioni soggettive, ampliando, quindi, gli spazi dell'eventuale bisogno di tutela giurisdizionale.

Vi sono poi quanto meno due ulteriori ragioni che possono sorreggere questa affermazione.

Dir. proc. amm., 2003, 1024 ss.

¹¹ P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm.* - T.A.R., 2005, 2652 ss.

¹² Osserva giustamente G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2005, 484, nel paragrafo intitolato «La difficile conciliazione tra negozio e funzione», che gli altri soggetti coinvolti dall'atto solo impropriamente possono considerarsi «terzi». In realtà l'atto amministrativo non ha un diretto destinatario, poiché esso è destinato alla cura dell'interesse pubblico. V., anche, B.G. MATTARELLA, in *Diritto amministrativo generale, Il provvedimento*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, secondo cui «non appare corretta l'affermazione secondo la quale il provvedimento amministrativo produce effetto solo nei confronti dei destinatari, e non nei confronti dei terzi».

¹³ Su questa figura concettuale, si veda: W. N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in 23 *Yale law J.*, 1913, pp. 16-59; Id., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in 26 *Yale law J.*, 1917, 710 ss., ripubblicati in W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, ora in D. Patterson (a cura di), *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*, Oxford, 2003, 295 ss. Sul punto v. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, 151 ss.; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, 199 ss.; G.W. RAINBOLT, *The concept of rights*, Dordrecht, 2006. Nella dottrina italiana, si veda: B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, 2001, a cura di P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, Torino, 2002, 7 ss. ora in Id., *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, 2013; G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 487 ss.; P. BIASETTI, *Alcuni problemi dell'analisi hohfeldiana dei diritti soggettivi*, ivi, 2014, 485 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, 1, 35 ss.

La prima riguarda la circostanza che la legittimazione nel processo amministrativo non è solo “finalizzata a proteggere, nei confronti degli atti delle pubbliche autorità, la sfera giuridica (interessi legittimi e talvolta diritti soggettivi) del bourgeois, ossia dell’individuo che gestisce e protegge i propri interessi particolari (con Sandulli: interessi “personali” e “individuali”) in una logica che di regola è a-politica”⁽¹⁴⁾, ma anche l’interesse del singolo in relazione alla collettività di cui è componente⁽¹⁵⁾.

La seconda riguarda la circostanza che è il diritto amministrativo (e, quindi, il processo) il terreno nel quale rinvergono rilevanza, tutela e regolamentazione i c.d. interessi trans-soggettivi⁽¹⁶⁾. Nozione che muove dalla distinzione tra situazioni attive appropriative (patrimoniali o non) e situazioni non appropriative, ove nelle prime l’azione va a vantaggio esclusivo del relativo titolare, mentre nelle seconde gli effetti favorevoli dell’azione non si fermano nella sola sfera giuridica dell’attore o ricorrente, ma transitano oltre, beneficiando altri soggetti. Si tratta, invero, di interessi - come la salute o l’ambiente (ove la tutela è - dopo la modifica costituzionale - rivolta anche all’interesse - massimamente adespota - delle future generazioni⁽¹⁷⁾) che, come già esposto, sono prevalentemente oggetto di cura e gestione da parte dell’Amministrazione e, quindi, regolati, per lo più, da provvedimenti amministrativi, con la conseguenza che è il giudice amministrativo il principale tutore di questi interessi. Del resto, la vicenda “madre” di questa categoria era anch’essa una vicenda che oggi sarebbe confluita nell’alveo del diritto amministrativo, atteso che questa elaborazione (che immerge l’interesse di contenuto relazionale e lo definisce il sentimento della condizionalità della vita - *Gefühl der Lebensbedingtheit* - e lo emancipa dalla visione meramente patrimoniale della pandettistica) si deve al parere di Jhering reso su una

¹⁴ L. DE LUCIA, *L’ampliamento della legittimazione e l’azione del cittadino (ricorsi popolari) nel processo amministrativo*, in *Rileggendo i presupposti processuali*, cit., 250. Il riferimento all’azione del bourgeois è relativo a K. MARX, *Sulla questione ebraica*, a cura di D. FUSARO, Milano, 2007. V., sul tema, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984, 332 ss. Il riferimento al carattere a-politico dell’azione è all’opera di J. MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Berlino 1997, 65.

¹⁵ Cfr., ex multis, A.M. SANDULLI, *L’azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli 1972, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI, Napoli 1990, 371-381; S. Romano, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, in V.E. ORLANDO, (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1900, 206 ss.; G. Zanobini, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato*, cit., vol. II, parte III, Milano 1935, 258 ss. Sul tema si rinvia allo scritto di De Lucia indicato nella nota precedente.

¹⁶ P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. FISCHER-LESCANO, H. FRANZKI e J. HORST, *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen, 2018, 343 ss.; Id., P. Femia, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Bologna, il Mulino, 2024; Id., *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Bologna, il Mulino, 2024; P. Femia, *Responsabilità civile e climate change litigation*, in *Enc. dir. - I tematici, VII (Resp. civ.)*, 2024, p. 847 ss.; V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in *DPCE online*, 2023, p. 669 ss.; P.L. Portaluri, *Per le magnifiche sorti e progressive. Ipotesi sugli interessi legittimi trans-soggettivi*, in *Dir. amm.*, 2025, 311 ss.

¹⁷ Sul tema, anche per la dimensione amministrativa della tutela dell’ambiente (come discendente dalla normativa unionale), si veda M. CECCHETTI, *Revisione degli artt. 9 e 41 e valore costituzionale dell’ambiente*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, *Tutela dell’ambiente: diritti e politiche*, Napoli, 2021. Queste considerazioni hanno anche valenza per la disciplina urbanistica ed edilizia, considerato che l’urbanistica (e, di riflesso, l’attività edilizia a valle) realizza anche funzioni di tutela ambientale; v., ex multis, S. MARTINO, *Programmazione urbanistica e tutela dell’ambiente e del paesaggio*, in www.giustizia-amministrativa.it.

controversia di realizzazione di un'opera pubblica, quella della costrizione della ferrovia svizzera del Gaü del 1878⁽¹⁸⁾.

Nonostante questi postulati vadano nella direzione di un ampliamento della nozione di legittimazione, il sentiero giurisprudenziale i sembra, talora, "interrompersi"⁽¹⁹⁾. Svariate le ragioni. La prima discende, probabilmente, dalla sola recente adesione da parte della prevalente giurisprudenza alla c.d. teoria della prospettazione⁽²⁰⁾, secondo la quale l'appartenenza soggettiva del diritto e dunque dell'azione deve essere verificata alla luce dell'affermazione dell'esistenza di una norma che contempra in astratto il diritto vantato⁽²¹⁾. Per lungo tempo dottrina e giurisprudenza amministrativa⁽²²⁾ sposano la diversa visione

¹⁸ Sulla vicenda, si veda P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., 27 ss. Lo stesso Jhering è poi il teorico del c.d. effetto riflesso che, in qualche elaborazione giurisprudenziale, è considerato una situazione non legittimante l'azione, ma che, invero, rileggendo Jhering nasce dall'emancipazione dalla configurazione binaria del rapporto obbligatorio al fine di aprire proprio spazi di tutela. Secondo Jhering, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 1871, 245 ss., spec. 245, «ma come nel mondo fisico o morale non è possibile un isolamento assoluto di una cosa o di un fatto in se stesso (ogni cosa, e ancor più ogni evento, se da un lato è condizionato e determinato dall'esterno, così dall'altro retroagisce di nuovo verso l'esterno), così avviene anche nel mondo giuridico. Non c'è quasi nessun fatto di diritto privato [...] al quale, oltre agli effetti previsti per i beneficiari, non siano collegati, allo stesso tempo, effetti per i terzi». In sostanza, emancipazione dal rapporto meramente binario per una relazione multilaterale, che, sembra, quindi, schiudere spazi di ampliamento della tutela e non - al contrario - restrizioni della stessa.

¹⁹ M. HEIDEGGER, *Holzwege*, Frankfurt am Main, 1950, traduzione italiana a cura di Chiodi, Firenze, La Nuova Italia, 1968. L'immagine è ripresa anche da autorevole dottrina amministrativistica; cfr.: F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, *passim*.

²⁰ Cfr.: E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, 147; Id., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 47 ss. V., anche, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino 2004. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1994 e più specificatamente *Articolo 99 - principio della domanda*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino 1973. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Torino 2019; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, Milano 2000.

²¹ Nella dottrina amministrativistica si veda: V. DOMENICHELLI, *I presupposti e le parti del giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, vol. II, IV ed., Bologna 2005, 513 ss. spec. 527; G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Parte I, *Lezioni*, IV ed., Milano 2021; F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.* 2019, 511 ss.; 24 L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo, L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 617 ss. Come ben illustrato da M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2ª ed., Bologna 2023, 164, la ricostruzione della legittimazione a ricorrere come affermazione, «che allinea il processo amministrativo al modello del processo civile, appare preferibile per due ragioni principali: perché l'interesse legittimo va considerato come una situazione giuridica soggettiva che precede il processo [...]; perché solo così la legittimazione a ricorrere può mantenere un carattere unitario nel processo amministrativo». Con riguardo a quest'ultimo aspetto, l'Autore osserva che siccome, nell'ambito delle controversie in materia di diritti soggettivi attribuite alla giurisdizione esclusiva, non vi sarebbe alcuna valida ragione per negare la ricostruzione della legittimazione a ricorrere come affermazione, sarebbe «disarmonico attribuire alla legittimazione a ricorrere una configurazione "a geometria variabile", nel senso che essa possa cioè essere intesa, a seconda della situazione giuridica soggettiva, come titolarità effettiva (nel caso dell'interesse legittimo) o solo affermata (nel caso del diritto soggettivo)».

²² Si veda, in particolare, R. VILLATA, *Legittimazione processuale, diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, la cui posizione è, comunque, particolare perché ritiene che nel processo amministrativo non ci sia differenza fra tutela sostanziale e tutela processuale in quanto l'oggetto del processo amministrativo non è l'interesse legittimo, ma l'accertamento della validità dell'atto impugnato, per cui l'affermazione non è la titolarità della situazione protetta, ma l'illegittimità del provvedimento impugnato. Tesi evidentemente collegata

sostanziale che impone la verifica della titolarità della situazione sostanziale, che, logicamente, mette un argine più robusto all'accesso alla tutela giurisdizionale.

Una seconda ragione può individuarsi nella ricostruzione dei presupposti della qualificazione e della differenziazione, che sono stati affidati non a indici normativi ma ad elementi meramente fattuali e spesso “manipolati”, nell'uso da parte della giurisprudenza, al fine di restringere il perimetro della legittimazione⁽²³⁾. E' il caso del concetto di *vicinitas* che, specie nella materia edilizia oggetto del presente intervento, ha costituito - per lungo tempo, dopo la c.d. sentenza “sul chiunque”⁽²⁴⁾- il criterio determinante per affermare o, per converso, negare la legittimazione all'azione.

4. Qualificazione e differenziazione dell'interesse tra indici normativi e criteri fattuali. “Normatività” della legittimazione e differenze con l'interesse a ricorrere.

Il punto merita un particolare approfondimento. La ricostruzione dei presupposti della legittimazione mediante il ricorso a criteri meramente fattuali: i) pare costituire un'aporia rispetto alla ricostruzione generale svolta sulle caratteristiche del c.d. rapporto amministrativo, ove la multipolarità riguarda situazioni giuridiche soggettive e non posizioni di fatto; ii) rende incerto e sostanzialmente rimesso al mero apprezzamento del singolo Giudice l'accesso alla giustizia, ledendo il principio di certezza e sicurezza giuridica, con il rischio di creare una giustizia intuizionistica del caso concreto, rimessa a ciò che il Giudice “avverte” come bisogno di giustizia⁽²⁵⁾; iii) trasforma presupposti che dovrebbe essere predeterminati dall'ordinamento in *res merae potestatis iudicis*, che possono condurre non solo ad illegittime chiusure della tutela giurisdizionale ma, per converso, anche a indebiti ampliamenti che si traducono nel mero controllo di legittimità dell'azione amministrativa e, quindi, in una sostanziale giurisdizione di tipo oggettivo⁽²⁶⁾; iv) determina

al solo processo di impugnazione, ma che, comunque, impone di anticipare *in limine litis* la verifica della effettività della lesione e dunque della legittimazione. V., inoltre, N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano 2011; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino 2018.

²³ Si veda, sul punto, la ricostruzione di P.L. PORTALURI, *Per le magnifiche sorti e progressive*, cit., 311 ss.

²⁴ Il riferimento è alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, così definita nel commento di E. Guicciardi, *La decisione del “chiunque”*, in *Giur. it.*, 1970, III, 1, 193 ss. La decisione riguardava la disposizione di cui all'art. 10 della L. n. 765/1967, a mente della quale: “*chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione*”. La disposizione era stata introdotta a seguito della frana di Agrigento (19 luglio 1966) che era stata causata da gravissime e ripetute violazioni nei procedimenti di rilascio dei titoli edilizi (cfr. la relazione della commissione d'inchiesta ministeriale e le dichiarazioni Ministro Giacomo Mancini alla Camera dei Deputati; questi e altri documenti sulla frana di Agrigento sono consultabili al seguente indirizzo internet: <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/DDS18007.Pdf>). Nella relazione al disegno di legge si afferma che l'illegalità in materia edilizia era diffusa in tutta Italia e che “*spesso l'atteggiamento dei costruttori assume ... un carattere di sfida all'autorità costituita, i cui interventi rimangono senza risultati concreti*”. Sul tema, si veda, all'epoca, A.M. SANDULLI, *Più legalità per le licenze edilizia, più severità per le costruzioni senza licenza (in vista della riforma della legge urbanistica)*, in *Corriere della sera*, 12 aprile 1962, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. 6, Napoli 1990, 309-315.

²⁵ G.B. Vico, *Principi di una scienza nuova d'intorno alla natura delle nazioni*, 1725, richiamato anche da P.L. PORTALURI, *Ruolo del Giudice e giacimenti assiologici per la legittimazione ad agire*, in *Rileggendo i presupposti processuali*, cit., 273.

²⁶ Le regressioni della tutela sono testimoniate anche dall'uso della nozione di “*Rechtsschutzbedürfnis*” o bisogno di tutela giurisdizionale, operato da A. SCHÖNKE, *Das Rechtsschutzbedürfnis: Ein zivilprozessualer*

una distonia tra i criteri operanti nel caso del rimedio di accesso principale alla giustizia rispetto a quelli valevoli per un rimedio “di chiusura”, come l’opposizione di terzo, ove la legittimazione è ricostruita sulla base dei nessi sostanziali tra le situazioni giuridiche soggettive⁽²⁷⁾; v) scinde il sistema processuale da quello sostanziale nella parte in cui l’art. 11 del D.P.R. n. 380/2001 prevede che il rilascio dei titoli edilizi non leda i diritti dei terzi, imponendo, quindi, una verifica sui nessi sostanziali all’Amministrazione che non può che riflettersi anche sui criteri di accesso alla giustizia del soggetto che si ritenga leso⁽²⁸⁾.

L’operazione di qualificazione e differenziazione a fondamento della verifica della sussistenza della legittimazione appare, quindi, doversi condurre sulla base di precisi indici

Grundbegriff, in *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 216-234; su questa dottrina e sulle differenti accezioni della formula, nonché per una sua rilettura, si veda: P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazioni giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, in particolare, pp. 97 ss. Di contro, il rischio opposto nel ricorso a indici fattuali è quello di un creazionismo giudiziario su una delle condizioni dell’azioni, in violazione del principio di legalità processuale e con possibile “eversione” della natura eminentemente soggettiva della giurisdizione amministrativa, come esposto nel testo.

²⁷ Nella versione originaria dell’art. 108, co. 1, c.p.a. si prevede: “Un terzo, titolare di una posizione autonoma e incompatibile, può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi”. La limitazione della legittimazione ai soli titolari di posizione autonoma e incompatibile (contraria, invero, anche ai principi statuiti dalla giurisprudenza amministrativa formatasi dopo la sentenza n. 177/1995 della Corte Costituzionale; cfr., Consiglio di Stato, Sez. IV, 20.5.1996, n. 655; Id., Adunanza plenaria, 11.1.2007, n. 2) viene meno per opera della previsione di cui all’articolo 1, comma 1, lettera aa), del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195. L’eliminazione dell’inciso “titolare di una posizione autonoma e incompatibile” comporta non solo il venir meno di tale condizione per la legittimazione del litisconsorte necessario pretermesso ma importa, altresì, l’ampliamento del novero dei soggetti legittimati ad esercitare l’opposizione di terzo ordinaria permettendo l’accesso al rimedio ai titolari di situazioni comunque involte nel rapporto amministrativo. In armonia con la previsione di cui all’art. 24 Costituzione si prevede, quindi, quello che la dottrina definisce un “contraddittorio riparatore” quando gli ordinari strumenti processuali volti ad instaurare in modo corretto il contraddittorio non abbiano funzionato. In adesione a queste generali coordinate la giurisprudenza ritiene che la legittimazione alla proposizione di opposizione di terzo nei confronti di una decisione resa *inter alios* spetti quindi: i) ai controinteressati necessari pretermessi intendendosi, come tale, il soggetto individuato nell’atto stesso o facilmente individuabile portatore di un interesse alla conservazione dell’atto o alla mancata adozione dello stesso (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 16.4.2014, n. 1862); ii) ai controinteressati non identificati o non facilmente identificabili nell’atto amministrativo ed ossia quei soggetti che vedono lesa in via immediata la propria situazione soggettiva dalla sentenza che accoglie la domanda; iii) ai controinteressati sopravvenuti intendendosi, come tali, i soggetti la cui posizione qualificata antitetica rispetto a quella del ricorrente emerga in seguito alla adozione della sentenza opposta, che crea una situazione di incompatibilità con la situazione soggettiva; iv) in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione (cfr., per una completa disamina, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sez. I, 3 agosto 2020, n. 699). Dalla ricostruzione della giurisprudenza emerge la necessità di tenere in considerazione non soltanto le indicazioni del provvedimento amministrativo per l’individuazione del terzo ma di tener conto, in generale, dei nessi sostanziali tra situazioni soggettive. Del resto, un’autorevole dottrina nota come quella dell’opposizione del terzo sia una “lunga marcia” non priva di ostacoli di carattere anche dogmatico, tra cui la concezione del giudizio amministrativo come processo sull’atto che, proprio secondo tale dottrina, ostacola “a lungo il maturare di un orientamento dottrinale e giurisprudenziale che prendesse in considerazione un rimedio giurisdizionale per l’eventuale pregiudizio che, in seguito ad una sentenza *inter alios*, potesse subire un soggetto diverso dal destinatario dell’atto impugnato” (A. MASUCCI, *Opposizione di terzo [dir. amm.]*, in *Treccani-Diritto on line*, 2015].

²⁸ In ordine alla portata dell’art. 11 del D.P.R. n. 380/2001, Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 gennaio 20219, n. 310, richiama, sul punto, l’orientamento consolidato, secondo cui “Se è vero che l’Amministrazione comunale,

normativi. Indici che - come si vedrà - non discendono, esclusivamente, da una singola norma di protezione ma dal complesso delle regole fissate dall'ordinamento.

In questa direzione sembra, del resto, essersi mossa - almeno in parte - la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 22/2021 del Consiglio di Stato⁽²⁹⁾ che ha individuato gli indici di qualificazione guardando al sostrato materiale civilistico e, in particolare, all'art. 872 c.c., dedicato alla "*violazione delle norme di edilizia*". Rispetto alla differenziazione, l'Adunanza plenaria ha ritenuto, invece, sufficiente il ricorso alla *vicinitas*, precisando che l'elemento dello stabile collegamento tra un determinato soggetto, *rectius* un determinato immobile, e l'area su cui sono destinati a prodursi gli effetti del provvedimento, dovrà essere identificato di volta in volta nella singola controversia concreta. In relazione alla diversa condizione costituita dall'interesse a ricorrere (oggetto centrale dei quesiti sollevati - in sede di rimessione alla Plenaria dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana), la Plenaria ha negato che il criterio della *vicinitas*, quale "*elemento di differenziazione*", possa essere capace *ex se* di consentire una puntuale verifica dell'interesse.

Ora, la sentenza dell'Adunanza plenaria rinviene la regola che consente la qualificazione dell'interesse nell'art. 872 c.c. Questa ricostruzione appare un'adesione alla teorica della norma di protezione. In realtà già Sandulli osservava che la qualificazione dell'interesse non discende esclusivamente dalla sussistenza di una norma protettiva (la teorica della Schutznormtheorie) ma la qualificazione deve affermarsi ogni qual volta in cui l'interesse sia esplicitamente o implicitamente, immediatamente o mediamente considerato dall'ordinamento: valutato, quindi, nel suo complesso⁽³⁰⁾. Del resto, l'applicazione della teorica della norma di protezione risulta poca funzionale rispetto al "*rapporto*" amministrativo, che - come esposto in precedenza - non è riducibile ad una relazione binaria.

A fortiori, ove si consideri che, persino nel settore civilistico, si avverte l'insufficienza della ricostruzione dogmatica classica che, come osservava Jhering, conduce alla "*binarizzazione*", alla "*riduzione del significato sociale di ogni interazione in un confinamento*"

nel corso dell'istruttoria sul rilascio della concessione edilizia, deve verificare che esista il titolo per intervenire sull'immobile per il quale è chiesta la concessione edilizia, benché la concessione sia sempre rilasciata facendo salvi i diritti dei terzi, è anche vero, però, che deve escludersi un obbligo del Comune di effettuare complessi accertamenti diretti a ricostruire tutte le vicende riguardanti la titolarità dell'immobile, o di verificare l'inesistenza di servitù o altri vincoli reali che potrebbero limitare l'attività edificatoria dell'immobile, atteso che la concessione edilizia è un atto amministrativo che rende semplicemente legittima l'attività edilizia nell'ordinamento pubblicistico, e regola solo il rapporto che, in relazione a quell'attività, si pone in essere tra l'autorità amministrativa che lo emette ed il soggetto a favore del quale è emesso, ma non attribuisce a favore di tale soggetto diritti soggettivi conseguenti all'attività stessa, la cui titolarità deve essere sempre verificata alla stregua della disciplina fissata dal diritto comune" (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1770); invero, il rilascio del titolo edilizio abilitativo, facendo salvi i diritti dei terzi, non interferisce, pertanto, nell'assetto dei rapporti fra privati; pur restando fermo il potere (dovere) dell'Amministrazione di verificare la sussistenza di limiti di matrice civilistica per la realizzazione dell'intervento edilizio da assentire (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 29 novembre 2017, n. 5585) si tratta di un controllo generale di conformità che non può spingersi sino a penetranti analisi.

²⁹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. App.*, 2022, 2, 166 ss., con nota di B. GILIBERTI, *Vicinitas e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, B. DI MAURO, *Note alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021: tra insufficienza e liquidità del criterio della vicinitas e definitiva emersione dell'interesse al ricorso*, G. FRANCHINA, *Criterio della vicinitas ed interesse al ricorso al vaglio dell'Adunanza Plenaria*. Si veda anche P. URBANI, "*Vicinitas*" e interesse al ricorso, in *Giorn. Dir. amm.*, 2002, 341 ss.

³⁰ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinanti*, Napoli, 1963, 41 ss.

giuridico costituito da una fattispecie, dai suoi effetti e da due soggetti che di tali effetti erano destinatari delle conseguenze attive e passive”; “ciò che è socialmente complesso, è ridotto a relazione binaria, alle parti del rapporto, isolando tutto il resto nella irrilevanza”. In questa dimensione “il fatto reale che accade nella società, costituito in fattispecie giuridica perde potenza cognitiva, poiché restringe indebitamente il suo ambito epistemico”⁽³¹⁾.

Inoltre, la previsione di cui all’art. 827 “funziona” poco come norma di protezione. Infatti, la regola prevede: “1. Le conseguenze di carattere amministrativo della violazione delle norme indicate dall’articolo precedente sono stabilite da leggi speciali. 2. Colui che per effetto della violazione ha subito danno deve esserne risarcito, salva la facoltà di chiedere la riduzione in pristino quando si tratta della violazione delle norme contenute nella sezione seguente o da questa richiamate”. Ora, la disposizione del comma 1 richiama le leggi speciali, tra cui il D.P.R. n. 380/2001; il comma 2 richiama le disposizioni codicistiche raggruppandole in due categorie a seconda che dalla loro violazione derivi, come conseguenza, il solo risarcimento del danno ovvero, in aggiunta ad esso, anche la riduzione *in pristinum*; nell’ultima categoria rientrano gli artt. 873, 889, 890, 891, 892, 893, 896 c.c. e le disposizioni integrative del codice civile sui rapporti tra vicinato. In realtà, nessuno dei due commi si presenta come fattispecie normativa in grado di qualificare, *ex se*, l’interesse vantato dal ricorrente nel giudizio di impugnazione del titolo edilizio. Il primo si limita ad un generico rinvio formale alla disciplina pubblicistica della violazione delle norme sulle distanze, senza dare indicazione alcuna su chi sia legittimato ad esperire gli strumenti ivi contenuti.

Il fondamento della *legitimatio ad causam* di fronte ai tribunali amministrativi dovrebbe al più ricercarsi nelle “leggi speciali” ma, come sottolineato, né il d.P.R. n. 380/2001 né altri testi legislativi in materia edilizio-urbanistica riportano previsioni espresse in tal senso. Simile fondamento nemmeno può rinvenirsi nel comma 2, dedicato alle forme di tutela di natura civilistica disponibili avverso la violazione dalle norme sulle distanze tra edifici, dalle quali sia derivato un pregiudizio al proprietario di un immobile coinvolto, ovvero ai titolari di altri diritti soggettivi, reali e personali di godimento. Posizioni giuridiche che trovano riconoscimento in altre fattispecie legislative e non già nel medesimo art. 872 c.c., il quale ne presuppone già l’esistenza laddove si fa riferimento al “danno”.

Riprendendo quella notazione di teoria generale di Hohfeld richiamata in apertura deve, piuttosto, dirsi che la situazione di immunità del terzo (nei termini concettuali sopra indicati) e la conseguente legittimazione all’azione in caso di lesione imponga non la ricerca necessaria di una specifica norma di protezione ma, piuttosto, al pari di quanto evidenziato autorevolmente nell’opera di Sandulli sopra richiamata, una complessiva disamina dell’ordinamento al fine di individuare la sussistenza di indici che conducano a dare riconoscimento giuridico ad un determinato interesse fatto valere in giudizio. Operazione che comporta, altresì, una disamina estesa ai due plessi materiali di riferimento, e, cioè, al settore civilistico - da cui si estraggono, prevalentemente, gli indici di tutela normativa di una situazione dominicale o di un diritto personale di godimento - e del settore amministrativo, da cui discendono le regole in ordine allo specifico potere/dovere conferito dall’ordinamento all’Amministrazione nello specifico rapporto oggetto della domanda di giustizia. Occorre, quindi, piuttosto, uno scavo anche profondo della normazione e dei suoi principi, secondo quella che Galgano oppone all’*ars inveniendi*, e definisce l’*ars combinatoria*,

³¹ P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Bologna 2024, 151

che estragga dal sistema normativo gli indici per la qualificazione dell'interesse⁽³²⁾. Scavo che - come appena indicato - involge anche (specie nel caso di nuovi interessi che ancora non abbiano trovato un riconoscimento normativo) le clausole elastiche o i principi, che consentono alla "macchina pigna"⁽³³⁾ del testo di divenire, mediante il lavoro cooperativo delle giurisdizioni, uno dei più significativi strumenti dell'esperienza giuridica moderna⁽³⁴⁾.

Il complesso di regole evocate dalla disposizione di cui all'art. 872 c.c. appare, piuttosto, funzionale a fornire criteri normativi per l'operazione non di qualificazione ma di differenziazione dell'interesse protetto, quanto meno in relazione a quelle regole che circoscrivono nello spazio la situazione protetta e, quindi, la differenziano rispetto alle altre.

³² G. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Cont. e impr.*, 2021, pp. 77 ss. V., sul punto, Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2025, n. 7480, che afferma: "In relazione alla legittimazione, il Collegio osserva, in termini generali, come la stessa vada verificata alla luce dei due criteri della qualificazione e della differenziazione. Tali criteri impongono di accertare quali siano i dati normativi di riferimento che consentono di qualificare l'interesse azionato come giuridicamente tutelato e protetto nonché il criterio che differenzia la situazione in relazione ad un potere amministrativo concretamente esercitato (o in corso di esercizio nell'ambito del procedimento). Il primo momento dell'indagine è, quindi, incentrato necessariamente sul dato normativo, sebbene, come evidenzia parte della dottrina, la distinzione concettuale tra qualificazione e differenziazione non coincida, tuttavia, con la differenza tra dimensione normativa o astratta e dimensione fattuale o concreta; infatti, se è vero che la qualificazione rileva in via astratta essendo l'ordinamento complessivamente inteso ad elevare l'interesse a situazione generale protetta, è altrettanto vero come anche la differenziazione non è operazione logica imperniata, in coerenza con quanto esposto, su soli dati fattuali; al contrario, è, comunque, lo stesso ordinamento a tracciare i confini oggettivi e soggettivi della regola istitutiva di protezione con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo, compenetrando, quindi, il dato squisitamente giuridico con quello più eminentemente fattuale [v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 30.8.2023, n. 8074, punti 25.3-25.5, a cui si rinvia anche ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a.; Id., 2.4.2025, n. 2790; Id., 19.6.2025, n. 5357, punto 40.3]". Applicando queste coordinate al caso di specie il Consiglio di Stato osserva che: i) l'interesse azionato era qualificato dalle regole relative al diritto di proprietà, che è la situazione giuridica soggettiva per la cui tutela gli odierni appellanti hanno agito in giudizio; per tali soggetti, sussiste il requisito della qualificazione, atteso che l'interesse azionato riguarda, come esposto, la tutela di un interesse giuridicamente protetto come il diritto di proprietà; ii) per altri, l'interesse azionato era fondato sulla residenza in luoghi limitrofi all'intervento; in relazione a tali situazioni la qualificazione discende dal rilievo che l'ordinamento assegna al luogo di dimora abituale. Passando alla differenziazione, il Consiglio di Stato nota come alcune parti risiedessero ad una distanza minima dall'intervento, con la conseguenza che i proprietari dell'unità immobiliari del complesso risultano in una posizione differenziata rispetto alla generalità dei consociati, essendo titolari di diritti soggettivi relativi ad un'unità di un immobile che, nella loro prospettiva, sarebbero incisi dall'intervento. Stesse considerazioni valgono per gli immobili nei quali alcuni degli appellanti hanno dedotto di essere residenti, tenuto conto anche della mancanza di contestazioni specifiche in ordine alla sussistenza degli elementi di differenziazione della situazione protetta e posta a fondamento dell'interesse azionato.

³³ U. Eco, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, 1979, p. 24 s.

³⁴ F. Piraino, *Buona fede, ragionevolezza, e efficacia immediata dei principi*, Napoli, 2017, p. 141 ss. Sul tema si veda, anche, G. D'Amico, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, pp. 2 e ss. V., ancora, S. Rodotà, *Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, pp. 83 ss., in un'epoca caratterizzata da quello che Paolo Grossi ha definito il monismo codicistico (P. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2002, pp. 9 ss.), sebbene nella consapevolezza delle difficoltà di un simile modello e, quindi, ipotizzando anche una maggior apertura dell'ambito di applicazione delle clausole generali, ritenuto, comunque, uno strumento idoneo ad attenuare la rigidità della regola nel suo adeguamento al fatto, o, per mutuare l'immagine di Esser, la finestra aperta sulla società per far respirare il sistema (J. Esser, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964, p. 1), secondo un'immagine già usata dalla nostra dottrina (v., V. Polacco, *Le cabale del mondo legale*, 1908, consultato in Id., *Opere minori*,

Tali criteri escludono il ricorso alla nozione di *vicinitas* (con i conseguenti rischi esposti in precedenza) consentendo al Giudice di individuare le situazioni protette e differenziate alla luce di indici normativi che fungono da selettori predeterminati degli interessi.

In tal modo, la qualificazione e la differenziazione risultano ricondotti ad una dimensione eminentemente normativa, ricollocando la dimensione fattuale nella diversa condizione dell'azione, costituita dall'interesse a ricorrere. In relazione a quest'altra condizione la verifica relativa all'utilità ritraibile dalla parte con la pronuncia giurisdizionale da essa richiesta involge, infatti, una disamina concreta del pregiudizio arrecato all'interesse sostanziale e del conseguente vantaggio che la pronuncia può apportare. Questa dimensione fattuale è, del resto, colta dall'Adunanza plenaria laddove la stessa evidenza quanto segue: *“il ragionamento intorno all'interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, si lega quindi necessariamente all'utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall'effetto ripristinatorio; utilità che a sua volta è in funzione e specchio del pregiudizio sofferto. Tale pregiudizio [...] riprendendo quanto in precedenza accennato al punto 2, a fronte di un intervento edilizio contra legem è rinvenuto in giurisprudenza, non senza una serie di varianti, nel possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata. Si può discutere se tali beni siano il risultato della scomposizione di un unico interesse per così dire riassuntivo, quello alla qualità dell'insediamento abitativo (espressione presente già nella ricordata sentenza 523/1970), o se debbano essere considerati per forza atomisticamente, sull'assunto che non sarebbe dato un interesse inerente all'insediamento abitativo come tale. Il riferimento al godimento dell'immobile in uno con il richiamo a salute e ambiente è peraltro un piano di indagine già sufficientemente ampio ed è su di esso che la giurisprudenza ha fatto leva per ravvisare il pregiudizio sofferto dal terzo non solo ad esempio nella diminuzione di aria, luce, visuale o panorama, ma anche nelle menomazioni di valori urbanistici e*

Modena, 1928, II, pp. 41-68, che parlava di «organi respiratori»). La medesima metafora si rinviene, in sostanza, nella nozione di «*Ventilbegriffe*», usata da parte della dottrina tedesca (K.G. Kurzel, *Das juristische Denken*, Wien, 1904). Sul tema, si rinvia ai saggi contenuti nel volume Aa.Vv. (a cura di G. D'Amico), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, *passim*. Nel settore civilistico va, poi, ricordato il copioso dibattito sull'incidenza dei principi costituzionali. Sul punto può rinviarsi alle trattazioni di U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, I, Introduzione*, Milano, 1955, p. 19, che afferma la valenza solo interpretativa dei principi costituzionali; v., inoltre, L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss. Sul diverso avviso espresso dalla dottrina tedesca che, invece, ipotizza un'applicazione diretta di tali principi; cfr.: C.W. Canaris, *Diritti fondamentali e diritto privato* [1984], in P. Femia (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti fra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018, p. 105 ss.; G. Dürig, *Diritti fondamentali e giurisprudenza civile*, ibidem, 75 ss. V., nella dottrina italiana, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006. Sulla tematica si veda, inoltre, C. Luzzati, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 19 ss. Per la posizione contraria alla c.d. *Drittwirkung* immediata dei valori costituzionali nel diritto privato, v., *ex multis*, C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 37 ss.; G. D'Amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 443 ss. Per una ricostruzione del dibattito in materia, si veda: C. Camardi, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*; A. Iannarelli, *La Drittwirkung dei diritti fondamentali e la crisi della socialità: avvertenze per l'uso*; G. D'Amico, *Appunti per una dogmatica dei principi*; F. Macario, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*; G. Vettori, *Il contratto fra clausole generali e principi*. I saggi indicati sono contenuti nel volume *Effettività e Drittwirkung: Idee a confronto. Atti del convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017*, (a cura di E. Navarretta), Torino, 2018. Si veda, in ultimo, l'illustre opinione espressa da N. Lipari, *Regole, clausole generali, principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, pp. 1073 ss.

nelle degradazioni dell'ambiente in conseguenza dell'aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento, aumento del traffico (v., ancora da ultimo, Cons. St., IV, n. 6130/2021)".

Un'attenzione alla dimensione - qui sì - fattuale e concreta ⁽³⁵⁾ che, del resto, spiega anche la regola di chiusura della plenaria nella parte in cui decreta la carenza di interesse in relazione a ricorsi meramente emulativi e, quindi, ad azioni che, seguendo una ricostruzione dottrinale sulla regola di cui all'art. 833, possano qualificarsi come espressioni di abusi del diritto. Questa categoria dell'abuso che entra, quindi, nella valutazione della condizione dell'azione costituita dall'interesse a ricorrere impone una verifica di congruità sostanziale del comportamento e, quindi, un accertamento solido e puntuale proprio degli elementi di fatto che sorreggono un simile giudizio. Lo evidenzia anche quella parte della dottrina che intravede nella categoria dell'abuso del diritto un sintomo del nuovo ruolo riconosciuto alla mediazione giudiziale nell'ottica di un passaggio dal paradigma di un diritto individuabile *a priori* nella oggettiva consistenza di un sistema di enunciati posti a quello di un diritto valutabile solo all'esito del procedimento applicativo e quindi in relazione alla specificità di una vicenda vissuta⁽³⁶⁾.

³⁵ Un'applicazione può leggersi nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2025, n. 7480, richiamata alla nota 32. In relazione all'interesse tale pronuncia evidenzia: *"Affermata la sussistenza della legittimazione a ricorrere occorre, altresì, verificare la ricorrenza della condizione dell'azione costituita dall'interesse ad agire (sulla differenza tra le due figure, cfr.: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 22/2021 dove peraltro si è precisato anche come si debba prescindere dall'accertamento effettivo della lesione che il ricorrente afferma di avere subito, accertamento che attiene al merito, essendo sufficiente, in questa fase, verificare che la situazione soggettiva possa avere subito una lesione). Il T.A.R. l'ha esclusa ritenendo necessaria l'allegazione di pregiudizi specifici e concreti ed evidenziando che: i) le parti avevano dedotto pregiudizi per la salute, interferenze con le visuali godibili dai loro alloggi e conseguente perdita di valore degli stessi; ii) tali deduzioni non potevano ritenersi suffragate da prove non essendo state fornite evidenze in ordine all'ingombro alla visuale e al deprezzamento degli immobili. In ultimo, secondo il T.A.R., il pregiudizio alla salute doveva ritenersi escluso in ragione dell'accertamento effettuato dall'A.r.p.a.l. Le argomentazioni del Giudice di primo grado non possono essere condivise, risultando fondate le doglianze degli appellanti. Occorre, infatti, osservare come la stretta vicinanza (che nel caso del condominio di via delle Fornaci, n. 4, è pari a venti metri, per una struttura che dovrebbe raggiungere i 30 metri) rende palese l'incidenza sulla visuale quanto meno delle unità prospicienti all'area di ubicazione della stazione radio base. Inoltre, l'interesse azionato non si esaurisce in una mera dimensione patrimoniale ma contempla, altresì, gli aspetti di natura non patrimoniale che attengono alla vivibilità, alla fruibilità, al benessere, in generale, al godimento del bene, e che compongono l'interesse sottostante il diritto soggettivo, come evidenziato dalla dottrina sin da quella risalente ma autorevole teorica che definì l'interesse come il sentimento della condizionalità della vita di relazione. Tali interessi devono ritenersi incisi - legittimamente o meno è questione relativa al merito e non alla verifica della condizione dell'azione - dall'edificazione in zona così prossima alle proprietà. Deve, altresì, osservarsi come ai fini della verifica della condizione dell'azione non occorrono evidenze in ordine al quantum del dedotto deprezzamento monetario, che è questione che attiene al merito di un'eventuale domanda risarcitoria. In ultimo, ricordato come esista un diritto ad ottenere, nel rispetto delle norme processuali, una decisione sul merito della controversia (si v. la "storica" pronuncia della Corte costituzionale la n. 220 del 1986, al punto 7.2.), non può, certamente, escludersi la sussistenza dell'interesse a ricorrere a tutela della salute evocando il parere dell'A.r.p.a.l., la cui legittimità è stata contestata dagli appellanti con un motivo che va, quindi, esaminato nel merito, senza poter arrestare la cognizione sulle soglie delle condizioni dell'azione, inferendo la loro insussistenza in base alla presunta legittimità di un parere, oggetto di una domanda che, nel merito, il Giudice è chiamato a deliberare".*

³⁶ N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in Quest. Giust., 2016. L'argomento è, ovviamente, molto vasto. Un fitto dibattito sul tema è stato ingenerato da Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 (sul cd. "caso Renault"), su cui si veda: C.A. Nigro, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in Giustizia civile, 2010, I, p. 2547 ss.; F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti fra imprese: spunti da una*

5. Qualificazione e differenziazione nel caso di impugnativa sorretta da interessi non dominicali.

La ricostruzione sin qui effettuata può mutarsi (pur con le differenti declinazioni che si esporranno) anche nel caso in cui siano coinvolti interessi diversi da quelli dominicali. L'esperienza concreta dimostra come le controversie in materia urbanistica ed edilizia siano mosse anche da interessi diversi, come quello commerciale. In simili situazioni il processo di giurisdizionalizzazione degli interessi assume connotazioni peculiari e differenziate. In queste situazioni occorre guardare più che al codice civile al complesso delle regole dell'azione amministrativa. Infatti, è lo stesso ordinamento (e, quindi, la dimensione normativa) a tracciare i confini oggettivi e soggettivi della regola istitutiva di protezione con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo.

E, invero, proprio una più puntuale osservazione delle regole ordinamentali in materia di rapporto tra potere amministrativo e regolazione del commercio consente di legare alla dimensione normativa non solo la qualificazione ma anche la differenziazione. Infatti, la liberalizzazione della direttiva 2006/123/CE (relativa ai servizi nel mercato interno) viene recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. n. 59 del 2010; la previsione di cui all'articolo 10 di tale atto normativo dispone che, *“nei limiti del presente decreto, l'accesso e l'esercizio delle*

recente sentenza della Cassazione, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 1577 ss.; ID.; *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in S. Pagliantini, a cura di, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 45 ss.; C. Romeo, *Recesso ad nutum e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2009, p. 1009 ss.; A. Palmieri - R. Pardolesi, *Della serie “a volte ritornano”: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro italiano*, 2010, I, p. 85 ss.; M. Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, p. 295 ss.; F. Salerno, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere per principi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 809 ss.; A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 354; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, II, p. 147 ss., nonché in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., p. 99 ss.; M.R. Maugeri, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, *ibidem*, p. 69 ss.; C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, *ibidem*, p. 115 ss.; G. Vettori, *L'abuso del diritto*, *ibidem*, p. 147 ss.; F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 311 ss.; P. Rescigno, *“Forme” singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, *ibidem*, p. 589 ss.; F. Addis, *Sull'exkursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 245 ss. In dottrina, si veda, altresì, M. Messina, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; M.P. Martines, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, pp. 2 ss.; A. Gambaro, *Abuso del diritto*, II, *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, p. 2, rileva come lo scetticismo verso l'abuso del diritto rifletta anche il timore di un eccessivo potere conferito al giudice. Peraltro E. Navarretta, *Il diritto non iure e l'abuso del diritto*, in *Diritto civile diretto* da N. Lipari e P. Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 260, giustamente osserva che il potere conferito alla magistratura in tema di abuso del diritto non è un potere extragiuridico, proprio perchè rientra nell'essenza della giurisdizione valutare la condotta «attraverso parametri di composizione sensibili alla forza assiologica degli interessi coinvolti». Altrimenti è stato opportunamente osservato che «l'abuso del diritto è in larga misura il frutto dell'opera (dissociata) delle fonti che si intrecciano in un solo ordinamento»: così R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal medesimo, Torino, 2001, p. 320. Già P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, I, p. 213 collegava la repressione dell'abuso all'idea del potere del giudice. Su questa notazione si veda, però, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 89, secondo il quale è necessario evitare che «nei processi di concretizzazione del diritto si formi un residuo irrazionale prodotto da elementi non cognitivi provenienti dalla precomprensione del giudice».

attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate e discriminatorie". Successivamente, il D.L. n. 138/2011 stabilisce che l'obbligo di adeguamento degli ordinamenti degli Enti locali "al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge" non operi "nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica". Inoltre, il successivo D.L. n. 201/2011 prevede la libertà di insediamento di nuovi esercizi commerciali senza limiti, "esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi compreso l'ambiente urbano e dei beni culturali". In ultimo, il D.L. 1/2012 prevede l'abrogazione, ex aliis, di "norme che impongono divieti e restrizioni alle attività economiche", nonché delle "disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale [...] che pongano limiti, programmi e controlli non ragionevoli ovvero non adeguati [...] e che impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici [...]".

La giurisprudenza, richiamando anche la previsione contenuta nell'articolo 4-bis della L.r. 2 febbraio 2010, n. 6, evidenzia come la liberalizzazione del commercio, in conformità alla direttiva 2006/123/CE, non comporti l'impossibilità per il Comune di impedire o, comunque, di conformare nuovi insediamenti commerciali, purché i dinieghi siano sorretti da ragioni urbanistiche e non economiche³⁷).

In sostanza, la liberalizzazione del settore non esclude la sussistenza di spazi di valutazione ed intervento da parte dell'Amministrazione; tali spazi edificano un rapporto multipolare ove convivono - in necessaria tensione dialettica - tanto gli interessi di chi aspira all'apertura o implementazione di una struttura quanto di chi, per differenti ragioni, si oppone. Sufficiente, del resto, esaminare le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 114/1998 per acclarare come gli insediamenti commerciali siano soggetti a complesse procedure di pianificazione e a verifiche di compatibilità. Regole ulteriormente specificate dalle normative regionali in materia la cui analitica disamina non è necessaria in questa sede, risultando sufficiente constatare come la materia commerciale sia ancora soggetta a regolazione amministrativa.

Un simile assetto normativo rileva in questa sede nella misura in cui qualifica giuridicamente gli interessi involti dalla regolazione e, inoltre, rende gli stessi determinati e differenziati in relazione al corretto esercizio del potere amministrativo che consente (o, per converso, preclude) un determinato insediamento commerciale. In sostanza, nel medesimo plesso normativo si ricavano non solo le regole di qualificazione ma anche i criteri di differenziazione degli interessi. Questi ultimi sono offerti, in particolare, dalle previsioni contenute nelle specifiche regolazioni regionali che, come spiegato *supra*, attuano la normativa statale, specificando anche quale sia il "territorio" rilevante per lo specifico interesse azionato e differenziando tale elemento in considerazione dell'ampiezza delle

³⁷ T.A.R. per la Lombardia - sede di Milano, sez. II, 3.4.2019, n. 743

strutture commerciali e, quindi, della capacità attrattiva o, in generale, di incidenza su un determinato mercato.

Parte II

6. La repressione degli abusi edilizi e la natura dell'acquisizione gratuita in caso di inottemperanza all'ordine di ripristino.

Passando alla seconda tematica occorre limitarsi ad alcune notazioni principali, non potendosi esplorare compiutamente ogni aspetto di questa tematica. A tal fine si osserva come il punto di riferimento sia costituito dalla recente sentenza n. 16/2023 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Pronuncia che delinea, *ex aliis*, le varie fasi della repressione degli abusi.

La prima fase è quella dell'accertamento dell'abuso e dell'emissione dell'ordinanza di demolizione, che schiude alla possibilità per il privato di: *i)* chiedere la sanatoria delle opere; *ii)* ottemperare alla demolizione. Alle ipotesi indicate dall'Adunanza plenaria occorre aggiungere la regola introdotta dal d.l. 69/2024, che consente al privato di disporre il differimento del termine di cui all'art. 31, comma 3, del D.P.R. n. 380/2001, "*nei casi di serie e comprovate esigenze di salute dei soggetti residenti nell'immobile all'epoca di adozione dell'ingiunzione o di assoluto bisogno o di gravi situazioni di disagio socio-economico, che rendano inesigibile il rispetto di tale termine*". Tale regola diverge, invero, dall'indicazione offerta dall'Adunanza plenaria, secondo la quale la proroga sarebbe stata possibile qualora la parte avesse dimostrato la sua concreta volontà di disporre la demolizione e vi fossero state ragioni oggettive che avessero reso impossibile il completamento della *restitutio in integrum* entro tale termine. Un'indicazione che non riflette, tuttavia, alcuna regola vigente al momento di emissione della pronuncia della Plenaria, la quale ha, quindi, indicato una ipotesi non prevista nel dato normativo e che non è esente da criticità legandosi ad un elemento di non agevole riscontro e verifica (la volontà di adempiere) e a un presupposto oggettivo di ampia portata (le ragioni oggettive che avessero reso impossibile l'esecuzione della misura).

La fase si attiva dopo il decorso del termine e l'accertamento dell'ottemperanza. Ove sia constatata la mancata ottemperanza si realizza l'acquisizione *ex lege* del bene, come descritto nell'ordinanza (ovvero come descritto nello stesso atto di acquisizione con l'indicazione dell'ulteriore superficie, nel limite del decuplo di quella abusivamente costruita).

La terza fase consiste nella notifica dell'atto di acquisizione con immissione nel possesso del bene e trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari. Con tale notifica, il bene si intende acquisito a titolo originario al patrimonio pubblico - con decorrenza dalla scadenza del termine fissato dall'art. 31, salva la proroga eventualmente disposta - e di conseguenza eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione ⁽³⁸⁾.

La quarta fase indicata dalla Plenaria è quella della gestione del bene. Secondo la Plenaria sarebbe possibile sempre la demolizione del bene da parte del responsabile (o dal suo avente causa), il quale può averne uno specifico interesse, per contenerne le spese, che altrimenti

³⁸ Cons. Stato, sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2459

sarebbero anticipate anche in misura superiore dall'Amministrazione, con rivalsa nei suoi confronti. La Plenaria precisa che dopo l'acquisizione si determina una novazione oggettiva dell'obbligo *propter rem*, perché all'obbligo di demolire il bene si sostituisce l'obbligo di rimborsare l'Amministrazione, per le spese da essa anticipate per demolire le opere abusive entrate nel suo patrimonio, risultanti *contra ius* (qualora essa non abbia inteso eccezionalmente utilizzare il bene ai sensi dell'art. 31, comma 5, d.P.R. n. 380 del 2001). Secondo la Plenaria vi è, quindi, una novazione dell'obbligazione ma vi è sempre la possibilità di provvedere, comunque, alla demolizione.

Deve osservarsi, sul punto, come, dopo la novazione, la prestazione dovuta ed esigibile rimane sempre il pagamento per ristorare i costi dell'esecuzione in danno. La prestazione sostitutiva non entra nel rapporto, in quanto non doverosa. Siamo quindi al di fuori dello schema delle obbligazioni alternative e forse pure fuori dalle facoltative perché - pur se l'obbligazione è semplice - questa diversa prestazione liberatoria non è indicata dalla legge né da alcun atto. Probabilmente la situazione è riconducibile nell'ambito di una *datio in solutum* rimessa alla volontà delle parti e con possibilità per l'Amministrazione di: i) richiedere sempre l'esecuzione della prestazione principale in caso di mancata esecuzione della prestazione sostitutiva; richiesta che implica la risoluzione della *datio in solutum*; ii) chiedere l'adempimento dell'obbligazione sostitutiva (cosa che non potrebbe fare se ragionassimo in termini di prestazione facoltativa).

La plenaria afferma, inoltre, come le due sanzioni (l'ordine di demolizione e l'atto di acquisizione al patrimonio comunale) costituiscono due distinte sanzioni, che rappresentano "la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla" ⁽³⁹⁾. Secondo l'Adunanza Plenaria, l'acquisizione ha natura affittiva, con la conseguenza che occorre che operi il principio per il quale deve esservi l'imputabilità dell'illecito omissivo della mancata ottemperanza. Nel caso di specie, la Plenaria lo ha escluso perché vi era una malattia completamente invalidante.

Invero, trattandosi di una misura a carattere sanzionatorio, la sua applicazione impone di accertare non solo l'imputabilità dell'illecito ma anche l'assenza di colpevolezza e, quindi, l'esigibilità della condotta. In questa valutazione l'Amministrazione dovrà anche verificare la sussistenza delle situazioni indicate nel testo dell'art. 31, comma 2, in tema di proroga, e, quindi, le serie e comprovate esigenze di salute dei soggetti residenti nell'immobile all'epoca di adozione dell'ingiunzione o di assoluto bisogno o di gravi situazioni di disagio socio-economico, che rendano inesigibile il rispetto di tale termine.

Avremmo, in sostanza, una tipizzazione di cause di esclusione dell'elemento soggettivo (da verificare comunque nel caso concreto e tenendo conto della facoltà di proroga), che, comunque, non esauriscono l'oggetto della valutazione a cui l'Amministrazione è chiamata, dovendosi tener conto di tutte le possibili cause di inesigibilità della prestazione, che è nozione fondamentale - come ricordato anche dalla Corte Cost. n. 8/2023, tenendo conto proprio della giurisprudenza della Corte E.D.U. ⁽⁴⁰⁾ - del moderno diritto punitivo. Questo

³⁹ V. Corte Costituzionale, sentenza 5 luglio 2018, n. 140 in *Giur. cost.*, 2018, 1579, con nota di E. Rinaldi, La Corte costituzionale e la conservazione degli immobili abusivi come misura alternativa alla demolizione; Id., 12 settembre 1995, n. 427, in *Impresa*, 1995, 1885; Id., 15 luglio 1991, n. 345, in *Resp. civ.*, 1991, 701, con nota di Tassone, Abusi edilizi e sanzioni amministrative; rilancio di una problematica.

⁴⁰ Corte Costituzionale, 27 gennaio 2023, n. 8, con nota di S. PAGLIANTINI, *Irripetibilità delle somme percepite in buona fede - il pragmatismo di Enrico Di Navarra: l'inesigibilità restitutiva nel canone della corte*

concetto-valvola risulta anche funzionale a stemperare i problemi legati all'automatismo punitivo e al c.d. *chilling effect*, e ossia a dissuadere dalla cura del bene derivante dall'automaticità e dalla sproporzionalità della sanzione ⁽⁴¹⁾.

Resta comunque il difficile coordinamento con la necessità di rimozione dell'opera abusiva, in casi in cui l'ottemperanza all'ordine non risulti esigibile. Rimozione che, come ricordato anche dall'Adunanza plenaria, risulta funzionale agli interessi di tutela del paesaggio, dell'ambiente e dell'ordinato assetto del territorio e, nonché sulla regola per la quale il godimento della proprietà privata deve svolgersi nel rispetto dell'utilità sociale. Valori rilevanti che, però, non possono però far deflettere dalle altrettanto importanti esigenze di civiltà giuridica espresse nella verifica di esigibilità e che, quindi, comportano la

costituzionale, in *Giur. it.*, 2023, 5, 1023 ss. Sulla pronuncia sia consentito rinviare a L. Cordi, La ripetizione dell'indebito nel lavoro pubblico, in *Mass. Giur. lav.*, 2023, 694 ss. Secondo la Corte, l'inesigibilità impone di prendere in considerazione le condizioni del debitore, attenuando la rigidità dell'obbligazione. Si coglie chiaramente in questo passaggio della sentenza della Corte la eco del pensiero di U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 493, il quale già aveva evidenziato che l'inesigibilità non colpisce la fonte dell'obbligazione, ma funge da causa esimente del debitore, quando l'esercizio della pretesa creditoria, entrando in conflitto con un interesse di valore preminente, si traduce in un abuso del diritto.

⁴¹ Si veda, sul tema, N. Recchia, Il principio di proporzionalità nel diritto penale, Torino, 2020, 252 ss.; F. Viganò, La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale, Torino, 2021, pp. 277. V, inoltre, Schauer, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, in *Boston University Law Review*, 1978, p. 685. Il concetto è elaborato nell'ordinamento americano da U.S. Supreme Court, *Wieman v. Updegraff*, 1952; si veda la sezione "Notes" della *Columbia Law Review*, 69(5)/1969, The Chilling Effect in Constitutional Law, p. 808 ss. Sull'uso del concetto di chilling effect da parte della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia v. L. Pech, The concept of chilling effect: its untapped potential to better protect democracy the rule of law and fundamental rights, reperibile al link: <https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/c8c58ad3-fd6e-4b2d-99fa-d8864355b638/the-concept-of-chilling-effect-20210322.pdf>. Un'applicazione della teoria nell'ambito delle sanzioni amministrative si trova in Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 4 settembre 2024, n. 7387, che osserva "un sistema così draconiano risulta idoneo a determinare quella che la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti denomina il c.d. *chilling effect* (mutuato anche dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, che adopera, solitamente, la dizione di "*Einschüchterungseffekte*"; cfr.: BVerfG, 2 BvR 1520/01, 30 marzo 2004, Geldwäsche; Id., 2 BvR 2558/14, 28 luglio 2015; nella giurisprudenza della C.G.U.E. possono ritenersi espressione di tale teorica, C.G.U.E., 7 luglio 1976, causa C-118/75; Id., 12 dicembre 1989, causa C-265/88; Id., 3 luglio 1980, causa C-157/79; Id., 29 febbraio 1996, causa C-193/94), e ossia un effetto di deterrenza rispetto all'esercizio di un'attività che non solo integra un diritto costituzionalmente garantito dei consociati (l'organizzazione dell'impresa), ma che assume anche una peculiare rilevanza sociale, come espresso dall'art. 45 della Costituzione e dalle ulteriori previsioni che, a parere del Collegio, trovano realizzazione nella dimensione collettiva cooperativista (diritto al lavoro, sviluppo della personalità umana e della Società, tutela della piccola proprietà, tutela del credito e del risparmio, etc.). Infatti, la previsione di una simile conseguenza per il caso alla sottrazione alla vigilanza rischia di determinare un effetto di deterrenza rispetto all'esercizio dell'attività cooperativa, considerato che, risulta sufficiente anche una pur colpevole omissione - come quella del caso di specie - per determinare il venir meno della stessa Società, con vanificazione degli sforzi - ragionevolmente non esigui - posti in essere dalla Società e dai soci per il conseguimento degli interessi della cooperativa. Il ragionevole verificarsi di un simile *chilling effect* risulta particolarmente problematico, proprio perché l'effetto di deterrenza non riguarda solo un diritto costituzionalmente garantito ma involge quegli interessi generali del sistema cooperativistico che sono stati compiutamente illustrati nella trattazione. Pertanto, anche da questa prospettiva, la misura sanzionatoria risulta irragionevole e sproporzionata, non potendosi ritenere la meno pregiudizievole per l'esercizio di un'attività economicamente rilevante e che assume, altresì, una spiccata funzione sociale, tra quelle che sarebbero astrattamente ipotizzabili per determinare quell'effetto di coazione indiretta, funzionale alla sottoposizione della Società alla vigilanza". L'ordinanza del Consiglio di Stato ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 3, secondo periodo, del D.Lgs. n. 220/2002, in relazione agli artt. 3, 45, 117, comma 1, (in relazione artt. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 1 del relativo Protocollo n. 1 addizionale

necessità di accertamento della sussistenza di una ragione oggettiva e provata di inesigibilità temporanea della condotta, e, solo al momento della cessazione di tali situazioni, la possibilità di decretare l'inadempimento colpevole all'ordine e disporre l'acquisizione del bene.

alla Convenzione), 11 e 117 Cost. (in relazione agli artt. 17 e 49, par 3, della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea). La questione è stata accolta da Corte Costituzionale, 21 luglio 2025, n. 116, che ha fatto - anch'essa - riferimento al *chilling effect*.