amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2026

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico
Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale
Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale
Valerio Sarcone.

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Convenzioni urbanistiche: cessione delle aree come 'diritto' e sua imprescrittibilità

di **Paolo Cotza**

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso l'Università di Cagliari)

Sommario

Premessa (enucleazione del problema giuridico di base). - (I) 1. Ricostruzione della fattispecie contenziosa che ha rappresentato l'occasione 'prossima' di studio. - 2. 'Precedenti' giurisprudenziali e primi cenni ad un 'approccio revisionista' al problema. - (II) 3. Per una revisione epistemologica del concetto giuridico di contratto. - 4.1. 'Rivisitazione' dogmatica dei tradizionali istituti di riferimento. Dalla legittimazione del potere (per via delle sue dinamiche) a quella dell'interesse pubblico in rapporto all'interesse legittimo. - 4.2. Prime conclusioni specialistiche (*proprium* funzionale delle convenzioni urbanistiche quali contratti ad oggetto pubblico). - 4.3.1. Affermazione di un 'diritto soggettivo pubblico' (attualizzato) in seno ad una più generale revisione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: … non solo in capo al privato (in correlazione con l'interesse legittimo) … - 4.3.2. … ma anche in capo all'amministrazione (stante il primato del dovere-obbligo). Seconde conclusioni specialistiche (indisponibilità-imprescrittibilità del 'diritto' alle cessioni correlate a convenzioni urbanistiche).

Abstract

The study starts from the controversial jurisprudential solution regarding the legal treatment to be reserved for the transfers of land in favor of the Municipality, on the occasion of the completion of urban planning agreements: at least insofar as those 'modules of consent' are associated with purely obligatory effects. From here, passing through an epistemological and dogmatic 'revisitation' of the reference institutions, the proposition of a 'public subjective right', vested in the administration, so as to allow dealing with the corresponding problems of availability-prescriptibility.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blind peer review*

Premessa (enucleazione del problema giuridico di base).

Il trattamento giuridico, da riservare alle cessioni di aree a favore del Comune in occasione del perfezionarsi di convenzioni urbanistiche, resta di controversa soluzione: almeno nella misura in cui a quelle convenzioni non si associno effetti reali, ma meramente obbligatori; sì da porre problemi di prescrittibilità.

Peraltro, di là dalle divergenti risposte fornite dalla Giurisprudenza, gli è che nessuna di quelle si spinge al confronto con un interrogativo di fondo che, al più, ci si limita a delineare all'orizzonte. Pare significativo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia, e che di seguito si riporta testualmente, circa il 'prologo dogmatico' al problema di motivare in punto di diritto in ordine alla menzionata prescrittibilità.

Si legge così che: «*Ritiene il Collegio che il diritto del Comune alla cessione da parte del privato lottizzante delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, proprio in relazione alla connotazione pubblicistica di dette opere, non sia qualificabile de plano in termini di diritto soggettivo.*

Del resto, proprio la difficile qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo con riguardo alle controversie relative alla "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni" ha indotto il legislatore ad attribuire la cognizione delle predette controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.)»[1].

Ancora, al profilo funzional-pubblicistico delle convenzioni urbanistiche conseguirebbe che «*l'istituto della prescrizione non può applicarsi …, non configurandosi in capo all'amministrazione alcun diritto soggettivo al trasferimento delle aree e delle opere di urbanizzazione realizzate "a scomputo", bensì "l'attribuzione" ad essa di "prenderle in carico" per "provvedere alla loro relativa manutenzione e gestione nell'interesse generale della collettività"*».

Da qui, l'obiettivo del presente scritto: di tentar di colmare quella lacuna, onde conferire più solide basi concettuali e di sistema all'esito applicativo.

I

1. Ricostruzione della fattispecie contenziosa che ha rappresentato l'occasione 'prossima' di studio.

Nella circostanza, il Comune aveva domandato al Giudice di prime cure:

in primo luogo, l'accertamento dell'intervenuta acquisizione della piena proprietà di terreni, quali censiti catastalmente ed in origine appartenenti ad una Società, per effetto delle pattuizioni contenute in una convenzione di lottizzazione stipulata

[1] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

ISSN 2036-7821

mediante atto pubblico con la quale tale Società si era impegnata a cedere gratuitamente alcune aree da destinare a strade, marciapiedi, parcheggi e verde pubblico;
in subordine, l'emanazione di una sentenza ai sensi dell'art. 2932 c.c., costitutiva degli effetti della obbligazione di trasferimento della titolarità delle aree in discorso.
Le aree venivano consegnate nei termini previsti all'amministrazione comunale, ma non veniva mai formalizzato un atto di cessione della titolarità delle stesse.
Con sentenza, il giudice di primo grado aveva respinto entrambe le domande (sia quella formulata in via principale, che quella formulata in via subordinata).
Da qui, il risolversi dell'amministrazione comunale a censurare in appello la sentenza impugnata con articolati motivi.
Rileva il Consiglio di Stato, disattendendo in parte le argomentazioni del Comune appellante formulate in via principale, che:
«L'art. … della convenzione del … disponeva: "La Società … si impegna per sé e per eventuali aventi diritto a qualsiasi titolo a cedere e trasferire gratuitamente al Comune le sottoelencate aree di proprietà da destinare a:
- strade, marciapiedi e parcheggi mq 3.444
- verde pubblico " 3.858
Totale " 7.302
(metri quadri settemilatrecentodue)
Tutte le aree suddette sono evidenziate nella planimetria di cui sopra con grafia indelebile; e *saranno più esattamente quantificate a seguito di frazionamento al momento della effettiva cessione*".
L'art. 14 della predetta convenzione, rubricato "Consegna delle aree e delle opere", disponeva invece:
"La Società concessionaria si impegna a trasferire al Comune la proprietà delle aree e delle opere di urbanizzazione secondaria entro 60 (sessanta) giorni dalla data dei collaudi con esito favorevole".
Dalla formulazione letterale delle clausole sopra richiamate risulta con chiara evidenza che, con riguardo alla titolarità delle aree in questione, la convenzione non ha effetti reali, ma meramente obbligatori; essa non comporta il trasferimento della titolarità delle aree, ma solo l'assunzione dell'obbligo di trasferire le aree, previo frazionamento catastale delle stesse, entro 60 giorni dal collaudo delle opere di urbanizzazione realizzate su di esse.
…
[Quanto al] secondo motivo di appello, [col quale] l'amministrazione comunale … contesta il capo di sentenza con il quale è stata respinta anche la domanda formulata in via subordinata nel ricorso introduttivo del giudizio.
In particolare, *il giudice di primo grado ha accolto l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Società …, aderendo all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale le obbligazioni derivanti da convenzione urbanistica, si prescrivono con decorrenza del termine decennale dal*

ISSN 2036-7821

momento in cui risultano esauriti gli effetti della convenzione stessa.

Nel caso di specie, gli effetti della convenzione si sarebbero estinti allo spirare del sessantesimo giorno successivo al collaudo delle opere … e quindi, al più tardi, al …, termine entro il quale doveva essere stipulato l'atto di cessione; la prima richiesta in tal senso è pervenuta alla società solo in data …, quando … il termine di prescrizione era ormai decorso.

Il Comune … contesta le conclusioni del giudice di primo grado, richiamando alcune pronunce giurisprudenziali secondo le quali l'istituto della prescrizione non si applica alle pretese dell'amministrazione pubblica relative all'esecuzione di impegni (come la cessione di aree per opere di urbanizzazione e gli obblighi di esecuzione delle opere di urbanizzazione) che il soggetto attuatore ha assunto in seguito alla stipula di una convenzione urbanistica …

… Il motivo è fondato.

… La convenzione di lottizzazione è un contratto di diritto pubblico, più precisamente un accordo sostitutivo di provvedimento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 L. n. 241 del 1990, in quanto espressione dell'esercizio consensuale di un potere pianificatorio, che sfocia in un progetto e in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obblighi e oneri; le controversie in tema di esecuzione della convenzione sono dunque riconducibili all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie riguardanti l'adempimento degli obblighi contenuti nelle convenzioni urbanistiche, ricomprese tra le vertenze in tema di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo.

… L'oggetto del presente contenzioso concerne la durata temporale degli obblighi previsti dalle convenzioni di lottizzazione.

Pur non essendo stabilito espressamente dalla legge un termine massimo di durata delle convenzioni di lottizzazione, la sua individuazione è ritenuta necessaria proprio per non attribuire loro l'efficacia di condizionare a tempo indeterminato la pianificazione urbanistica futura. Tale termine è stato dunque mutuato dall'art. 16, comma 5, della L. 17 agosto 1942, n. 1150, concernente i piani particolareggiati.

Il piano di lottizzazione, ai sensi dell'art. 28 della L. urbanistica n. 1150 del 1942, come modificato dall'art. 8 della L. ponte n. 765 del 1967, si configura come uno strumento urbanistico equiordinato al piano particolareggiato e ad esso sostanzialmente alternativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6955).

Attesa, infatti, la natura sostanzialmente alternativa che nella pianificazione urbanistica assume il piano di lottizzazione rispetto al piano particolareggiato, si ritiene applicabile anche al piano di lottizzazione il termine decennale di efficacia dall'approvazione, di cui al richiamato art. 16 della L. n. 1150 del 1942, tenuto conto che l'art. 28 della medesima legge prevede soltanto che la convenzione di lottizzazione fissi i termini, non superiori a dieci anni, entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere convenzionate (Consiglio di Stato, Sez. II, 8 settembre 2021 n. 6234).

L'inefficacia collegata alla scadenza dei termini dei piani attuativi e degli strumenti

urbanistici che ne condividono la natura (quali i piani di lottizzazione e i piani di zona per l'edilizia economica e popolare) è un effetto di legge che si produce automaticamente, con la conseguenza che la convenzione di lottizzazione scaduta e rimasta in parte inattuata non può vincolare i successivi strumenti urbanistici generali (ex multis, Consiglio Stato, Sez. II, 8 settembre 2021 n. 6234; 2 marzo 2020, n. 1485; Sez. V, 1 febbraio 2019, n.809).

… Secondo un consolidato e risalente orientamento giurisprudenziale, "La scadenza della convenzione di lottizzazione riguarda l'efficacia del regime urbanistico introdotto dalla convenzione e non anche gli effetti obbligatori che la stessa convenzione va a produrre tra le parti. Tuttavia, ciò non significa che l'Amministrazione resti vincolata sine die alle scelte urbanistiche trasfuse nella convenzione, ma soltanto che le parti possono anche oltre il termine di scadenza suindicato esigere l'adempimento degli obblighi (p.es. di corresponsione di somme a titolo di oneri, di realizzazione di opere di urbanizzazione etc.) *che la controparte si è assunta con la convenzione stessa"* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 luglio 2021 n. 5358; Sez. II, 4 maggio 2020, n. 2843; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5413; id., 20 dicembre 2013, n. 6160).

La convenzione, per quanto riguarda le obbligazioni ivi previste, resta valida ed efficace e suscettibile di esecuzione anche oltre il decennio, eventualmente mediante l'azione di adempimento - ad esempio in caso di mancata realizzazione delle opere di urbanizzazione -, oppure *mediante l'azione per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al Comune i terreni privati da destinare a standard urbanistici, ex art. 2932 c.c. La scadenza del termine per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione previste in una convenzione urbanistica non fa venire meno la relativa obbligazione, mentre proprio da tale momento, inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c.* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 settembre 2023 n. 8328); *il Comune, una volta consumato il termine di validità della convenzione, ha dunque dieci anni di tempo per poter azionare i diritti ivi previsti* (Consiglio di Stato, Sez. II, 20 aprile 2020 n. 2532).

… Il Collegio è ora chiamato ad esaminare la questione giuridica relativa alla applicazione ai diritti derivanti dalle convenzioni di lottizzazione del regime della prescrizione.

L'art. 2934 c.c., rubricato "Estinzione dei diritti" dispone:

"Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge.

Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge".

Questa Sezione, partendo dal presupposto che le convenzioni urbanistiche sono accordi aventi ad oggetto potestà pubblicistiche, con i quali l'amministrazione realizza esclusivamente finalità istituzionali, e che la convenzione urbanistica non ha una specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento di contrapposti interessi delle parti stipulanti, bensì si configura come "accordo endoprocedimentale dal contenuto vincolante quale mezzo rivolto al fine di conseguire l'autorizzazione edilizia" (Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2013, n. 9314;

cfr., Cons. Stato, Sez. IV, 1 agosto 2018, n. 4743), *è pervenuta alla conclusione di ritenere che "…gli obblighi di cessione recati da una convenzione di lottizzazione ovvero dagli atti a questa assimilabili sono imprescrittibili"* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2019 n. 1341; 14 giugno 2018 n. 3672; 26 agosto 2014 n. 4278).

Nell'ambito di questo orientamento giurisprudenziale è stato evidenziato che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica la cessione delle aree destinate alle opere di urbanizzazione non rappresenta una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di legittimità della lottizzazione (Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4278).

Si è anche sostenuto da questa Sezione che allorché il proprietario abbia formalmente assunto, nei confronti del Comune, ente esponenziale della collettività locale, l'obbligo di cessione gratuita di un proprio fondo, l'intenzione di riservare a sé, in via esclusiva, il godimento dell'area richiede una qualificata interversio possessionis *di carattere materiale e di significato univoco; il pregresso impegno* lato sensu *negoziale assunto con l'ente esponenziale della collettività locale comporta che il proprietario - qualora voglia conservare per sé l'uso esclusivo del cespite destinato all'uso pubblico e di cui sia stata pattuita la cessione gratuita al Comune - abbia l'onere di porre in essere una condotta materiale oggettivamente percepibile, da cui la collettività indistinta possa* prima facie *desumere in maniera univoca la volontà di venire* contra factum proprium. *Nel difetto di tale condotta, si verifica un sostanziale riconoscimento della perdurante sussistenza del diritto del Comune a pretendere l'adempimento dell'obbligo di cessione, con conseguente spostamento in avanti, giorno per giorno, dell'inizio del termine prescrizionale, che comincia a decorrere solo allorquando il proprietario palesi chiaramente, con concreti atti materiali, la propria inequivocabile intenzione di non dar seguito a quell'impegno* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 7008/2019).

In altri termini, *secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo (ovvero dei piani a questo equiparati) si esauriscono nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4278; Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28).

… Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, le posizioni giuridiche soggettive derivanti dalle convenzioni di lottizzazione non sfuggono alla applicazione del regime della prescrizione.

In particolare, nella sentenza n. 5358/2021, questa Sezione ha evidenziato che la scadenza del termine non superiore ai dieci anni che la convenzione di lottizzazione deve assegnare per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione (ai sensi dell'art. 28 L. 17 agosto 1942, n. 1150) non fa venire meno la relativa obbligazione, la quale, al contrario, diventa esigibile proprio da tale momento, dal quale inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione.

ISSN 2036-7821

Recentemente, questa Sezione, in relazione al carattere negoziale delle convenzioni urbanistiche, ha prestato adesione all'orientamento giurisprudenziale favorevole alla tesi della prescrittibilità delle obbligazioni derivanti dalle convenzioni di lottizzazione; in particolare, nella sentenza n. 8327/2024 è stato precisato quanto segue:

"Ritiene, infatti, il Collegio, conformemente al più recente orientamento della Sezione, che, una volta scaduti i termini di validità della convenzione urbanistica o il diverso termine stabilito dalle parti, l'esercizio di ogni azione legale per l'adempimento delle obbligazioni ivi contenute risulta prescritto se non esercitato entro il successivo termine di dieci anni. In questa diversa prospettiva, le obbligazioni del privato relative alla convenzione di lottizzazione divengono esigibili con la scadenza della convenzione relativa al piano di lottizzazione - in caso di mancata ultimazione delle opere nei termini - o con l'ultimazione delle opere medesime - se avvenuta prima di detta scadenza - entro e non oltre il successivo termine decennale di prescrizione (Consiglio di Stato sez. IV 14 maggio 2019 n. 3216, Id. sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358; Id. sez. II, 1 dicembre 2021, n. 8006).

Alla stregua di tale più condivisibile impostazione, la scadenza del termine per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione previste in una convenzione urbanistica non fa venire meno la relativa obbligazione, mentre proprio da tale momento inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 del codice civile (Cons. Stato Sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3127; n. 3126; Sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358)"»[2].

Così operata l'indagine ricostruttiva: «… *Ritiene il Collegio di dover assumere tra i due contrapposti orientamenti una posizione intermedia, in quanto, ai fini della individuazione della disciplina giuridica applicabile agli obblighi derivanti dalle convenzioni di lottizzazione, non si può non tenere conto della natura e dell'oggetto de[gli] obblighi stabiliti dalle predette convenzioni.*

L'art. 28 della L. n. 1150 del 1942, rubricato "Lottizzazione di aree", ai commi 5 e ss, dispone quanto segue:

"5. L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario, che preveda:

1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate dall'art. 4 della L. 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2;

2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni;

3) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione

[2] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

ISSN 2036-7821

delle opere di cui al precedente paragrafo;
4) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione.
6. La convenzione deve essere approvata con deliberazione consiliare nei modi e forme di legge.
7. *L'attuazione degli interventi previsti nelle convenzioni di cui al presente articolo ovvero degli accordi similari comunque denominati dalla legislazione regionale, può avvenire per stralci funzionali e per fasi e tempi distinti. In tal caso per ogni stralcio funzionale nella convenzione saranno quantificati gli oneri di urbanizzazione o le opere di urbanizzazione da realizzare e le relative garanzie purché l'attuazione parziale sia coerente con l'intera area oggetto d'intervento*.
8. Il rilascio delle licenze edilizie nell'ambito dei singoli lotti è subordinato all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relativa ai lotti stessi.
9. Sono fatte salve soltanto ai fini del quinto comma le autorizzazioni rilasciate sulla base di deliberazioni del Consiglio comunale, approvate nei modi e forme di legge, aventi data anteriore al 2 dicembre 1966.
10. Il termine per l'esecuzione di opere di urbanizzazione poste a carico del proprietario è stabilito in dieci anni a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge, salvo che non sia stato previsto un termine diverso…".
La Suprema Corte ha avuto modo di precisare che la convenzione di lottizzazione è un accordo endoprocedimentale di diritto pubblico, volto al conseguimento dell'autorizzazione urbanistica o edilizia, sicché non costituisce un contratto a prestazioni corrispettive, mancando tra le stesse una corrispondenza di natura negoziale, con l'ulteriore conseguenza che è inapplicabile l'istituto della compensazione, mentre può operare la "datio in solutum", atteso che l'obbligazione relativa all'esecuzione delle opere concordate con l'ente territoriale si estingue solo al momento della realizzazione delle medesime (Cassazione civile, Sez. V, 22 giugno 2018 n. 16533).
In particolare, con riguardo al trasferimento delle aree previste nelle convenzioni di lottizzazione è stato sostenuto in giurisprudenza: "… tali aree … devono essere necessariamente trasferite, in quanto idonee ad adempiere alla funzione assegnata dalla convenzione, che, si deve ricordare, non è un atto interamente privatistico, ma stipulato in funzione della realizzazione dell'interesse pubblico sottostante all'approvazione del piano di lottizzazione.
Si tratta, infatti, di beni, per i quali il trasferimento in proprietà al Comune è previsto espressamente dall'art. 28 della legge urbanistica, 17 agosto 1942, n. 1150 (a seguito della L. 6 agosto 1967, n. 765), in relazione alla stessa natura delle opere funzionalizzate, alla realizzazione di un interesse pubblico; il trasferimento di proprietà, dunque, costituisce il presupposto e la stessa ragione d'essere della convenzione urbanistica stipulata tra il Comune e il privato.

ISSN 2036-7821

Le opere in questione e le relative aree di sedime erano, quindi, già naturalmente destinate ad essere trasferite nella proprietà comunale, proprio al fine di assolvere la funzione tipica della stessa convenzione urbanistica (Consiglio di Stato Sezione II, 11 ottobre 2021, n. 6804)" (Consiglio di Stato, Sez. II, 1 dicembre 2021 n. 8006).

Ritiene il Collegio che il diritto del Comune alla cessione da parte del privato lottizzante delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, proprio in relazione alla connotazione pubblicistica di dette opere, non sia qualificabile de plano in termini di diritto soggettivo.

Del resto, proprio la difficile qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo con riguardo alle controversie relative alla "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni" ha indotto il legislatore ad attribuire la cognizione delle predette controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.).

Partendo da questa premessa, ritiene il Collegio che per le obbligazioni a contenuto patrimoniale (quali, ad esempio, quelle relative al pagamento degli oneri di urbanizzazione) deve ritenersi operante il regime della prescrizione decennale, con decorrenza dalla scadenza della convenzione; in tali ipotesi, in considerazione della natura meramente patrimoniale della prestazione posta a carico del privato, non vi è ragione per derogare al principio, di ordine pubblico, di cui all'art. 2934, c.c., secondo cui non sono soggetti all'istituto della prescrizione esclusivamente le fattispecie indicate dalla legge.

Per gli obblighi di natura pubblicistica connessi alla pianificazione (cessione di aree a standard, realizzazione e cessione delle opere di urbanizzazione), ritiene il Collegio che non possa operare la prescrizione, in quanto, da un lato, l'adempimento di questi obblighi costituisce il presupposto sulla base del quale è stato emesso il titolo edilizio abilitativo, dall'altro, l'applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti agli accordi di diritto pubblico opera nella misura in cui detti principi siano "compatibili" con la natura dei predetti accordi (art. 11 comma 2, della L. n. 241 del 1990).

Orbene, la natura pubblicistica della obbligazione e la finalità di assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico inducono, con riguardo a questa specifica ipotesi, a dare continuità all'orientamento giurisprudenziale secondo cui non è ammissibile "… che un imprenditore privato possa godere dei profitti di una lottizzazione a danno della collettività: il che avverrebbe se egli potesse sottrarsi all'obbligo di fornire gli spazi occorrenti per l'urbanizzazione primaria e secondaria, che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica non rappresentano una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di legittimità della lottizzazione" (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 4278/2014, cit.).

Recentemente, questa Sezione ha prestato adesione alla tesi della inapplicabilità del regime della prescrizione agli obblighi di cessione delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, con il seguente percorso argomentativo:

ISSN 2036-7821

"… La previsione dell'art. 28, comma 5, L. n. 1150 del 1942, che costituisce contenuto imposto dell'accordo ex art. 11 L. n. 241 del 1990 fra privato ed amministrazione, si raccorda in maniera evidente alla "necessità" che ogni edificazione venga compiuta unitamente alla realizzazione di quelle opere - le opere di urbanizzazione, per l'appunto - "necessarie a rendere una porzione di territorio idonea all'uso insediativo previsto dagli strumenti urbanistici vigenti" (Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2018 n. 5372, . 2.3.) *e la cui edificazione e la cui cura spettano, di regola, all'amministrazione comunale a cui è attribuito tale "compito", che si estrinseca nel doverle realizzare, nel doverle manutenere e nel doverle vigilare* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 5372/2018, cit. . 2.4. e, più di recente, Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2024 n. 6503, secondo cui "la realizzazione delle opere di urbanizzazione rientra nelle attribuzioni dell'Amministrazione competente (di regola, quella comunale)"; Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2025 n. 4511, . (...), *secondo cui "Gli oneri di manutenzione delle opere di urbanizzazione ricadono, infatti, interamente sull'ente locale solo una volta acquisite al patrimonio indisponibile dell'ente" e, in precedenza, la già citata Cons. Stato, sez. IV, n. 6503/2024, cit., che afferma che: "Le opere di urbanizzazione sono funzionali alla gestione di servizi pubblici, che sono a carico del Comune territorialmente competente, con la conseguenza che, una volta che siano state regolarmente eseguite dal soggetto lottizzante, le opere di urbanizzazione debbono essere acquisite dal Comune, che deve provvedere alla loro relativa manutenzione e gestione nell'interesse generale della collettività").*

Nel caso in cui l'edificazione avvenga attraverso il piano e la convenzione di lottizzazione, proprio l'art. 28, comma 5, dispone "l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi".

Questi "oneri" possono poi essere adempiuti mediante il pagamento di una somma di denaro oppure attraverso la realizzazione materiale, c.d. "a scomputo" delle opere in questione (cfr. art. 16 D.P.R. n. 380 del 2001 e, in giurisprudenza, nuovamente, Cons. Stato, Sez. IV, n. 6503/2024, cit.).

In ambedue i casi, tuttavia, *il presupposto per il rilascio del titolo necessario per procedere all'edificazione privata (o all'edificazione dell'opus che interessa al privato e che questi intende realizzare) è il trasferimento all'amministrazione delle aree necessarie per la realizzazione delle opere di urbanizzazione* (Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023 n. 6944, che ha affermato che: "…in definitiva, la cessione delle aree in favore del Comune trova la propria giustificazione causale nella perdurante efficacia della convenzione di lottizzazione e si collega al riconoscimento dello ius edificandi in favore del privato lottizzante…").

Alle convenzioni urbanistiche, infatti, è demandato anche lo "scopo" di garantire che "all'edificazione del territorio" corrisponda tanto "l'approvvigionamento delle dotazioni minime di infrastrutture pubbliche" quanto "il suo equilibrato inserimento in rapporto al contesto di zona che, nell'insieme, garantiscano la normale qualità del vivere in un aggregato

urbano discrezionalmente, e razionalmente, individuato dall'autorità preposta alla gestione del territorio" (Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2019 n. 3127; 6 novembre 2009 n. 6947).

Conseguentemente, a differenza di quando prospettato dall'appellante, l'istituto della prescrizione non può applicarsi al caso di specie, non configurandosi in capo all'amministrazione alcun diritto soggettivo al trasferimento delle aree e delle opere di urbanizzazione realizzate "a scomputo", bensì "l'attribuzione" ad essa di "prenderle in carico" per "provvedere alla loro relativa manutenzione e gestione nell'interesse generale della collettività" (Cons. Stato, Sez. IV, n. 6503/2024, cit., . 9.2.)" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2025 n. 9538).

… Con riguardo alla fattispecie dedotta in giudizio, le opere di urbanizzazione previste dalla convenzione di lottizzazione (strade, marciapiedi, parcheggi) sono state realizzate dal privato e sono state collaudate con esito positivo dalla amministrazione comunale (su questo non vi è contrasto tra le parti), ma dette opere insistono su aree che sotto il profilo formale rimangono nella titolarità del privato, con la conseguenza che viene in rilievo una commistione (incompatibile con l'interesse pubblico) tra la titolarità (privata) dell'area di sedime e la destinazione pubblicistica delle opere realizzate in esecuzione della convenzione di lottizzazione e una prevedibile confusione anche in relazione alla individuazione del soggetto tenuto alla manutenzione delle opere medesime (come dimostra la documentazione depositata in giudizio dalla Società …, in relazione ad una richiesta risarcitoria presentata da un privato per un incidente occorso in un'area a parcheggio rimasta nella titolarità della società lottizzante).

… Per le ragioni sopra richiamate, ritiene il Collegio che il ricorso in appello debba essere accolto in relazione alla domanda formulata in via subordinata dal Comune … e che, in riforma della sentenza di primo grado, vada accolta la domanda formulata ai sensi dell'art. 2932 c.c. (II motivo di appello).

Per pacifica giurisprudenza, qualora il soggetto proprietario di un terreno promesso in vendita ad un Comune, mediante la stipula di una convenzione urbanistica con effetti obbligatori, abbia una condotta ostativa alla realizzazione degli interessi in essa stabiliti, il giudice amministrativo adito dall'amministrazione comunale ai sensi dell'art. 2932 c.c. può disporre, conformemente al senso e alla finalità dell'accordo, lo scambio del bene oggetto del negozio, in ragione della formale promessa in cessione assunta con la convenzione, nonché del dovere di eseguire il contratto secondo buona fede, quale principio che opera anche negli accordi pubblico - privato e, dunque, anche nelle convenzioni urbanistiche (Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 novembre 2020 n. 7072).

Anche recentemente è stato ribadito da questa Sezione che "… in presenza dell'obbligo del privato delle realizzate opere di urbanizzazione e delle relative aree di sedime, nonché di un dovere di presa in carico delle opere di urbanizzazione e delle relative aree di sedime in capo all'amministrazione, può essere azionata la tecnica rimediale di cui all'art. 2932 c.c., ad opera della parte diligente (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2012 n. 28)" (Consiglio di

Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2025 n. 9538).

… *Per l'effetto, la presente sentenza, in luogo del contratto definitivo di cessione, dispone il trasferimento, a titolo gratuito, dalla Società … al Comune …, della proprietà delle aree identificate nella convenzione di lottizzazione stipulata in forma di atto pubblico in data … (rep. (...); fasc. (...)), registrata a … in data … al n. … - Atti pubblici (articolo …) e nei successivi atti di frazionamento aree censite al N.D.C.D.B. al foglio n. (...), mappali n. (...), n. (...) …, con conseguente onere di trascrizione nei registri immobiliari della presente sentenza. Le parti hanno facoltà, in caso di insorgenza di problematiche ostative alla piena attuazione del decisum, di rivolgersi a questo Consiglio con un distinto ricorso nelle forme del giudizio di ottemperanza, eventualmente anche ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a.*

… La complessità delle questioni dedotte in giudizio giustifica l'equa compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio; per effetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 6 - bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, spetta tuttavia al Comune … il rimborso del contributo unificato versato, da porre a carico della Società …

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie la domanda formulata dal Comune … ai sensi dell'art. 2932 c.c. nei termini e nei limiti di cui in motivazione»[3].

2. 'Precedenti' giurisprudenziali e primi cenni ad un 'approccio revisionista' al problema

Come nanti riconosciuto, la pronuncia del Consiglio di Stato testé riportata rappresenta solo l'ultima espressione giurisprudenziale in ordine di tempo. Da qui, per esigenze di compiutezza espositiva, la soluzione d'innestarvi gli spunti maggiormente significativi di quel più ampio dibattito; sul presupposto concettual-funzionale per cui:

«*La convenzione di lottizzazione* [*rectius*, urbanistica[4]], *con la quale il Comune autorizza i privati a costruire secondo il progetto approvato e riceve in proprietà le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, ovvero le aree destinate a questo scopo, non consta necessariamente di un negozio giuridico unico, ma, in concreto, può risultare da una serie di*

[3] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

[4] Cass. civ., Sez. I, 25 luglio 2016, n. 15340 (rv. 640670): la convenzione di lottizzazione, diversamente dalla convenzione urbanistica, che ha natura di contratto ad oggetto pubblico, è uno strumento urbanistico volto a suddividere il terreno in lotti fabbricabili e ad assicurare la conciliazione dell'interesse dei singoli privati lottizzanti con quello più generale di un corretto assetto del territorio.

ISSN 2036-7821

atti negoziali con efficacia obbligatoria e reale, che si integrano a vicenda per lo scopo e per il contenuto, e che si raccolgono ad unità nell'effetto precettivo proprio del negozio di convenzione, dal cui complesso si attuano e l'intento del Comune di autorizzare la costruzione da parte dei privati e il volere di questi di cedere al Comune la proprietà delle opere di urbanizzazione o delle aree a ciò destinate»[5];

«*L'obbligo di "facere", previsto in una convenzione a carico della parte lottizzante, consistente nella realizzazione delle opere e nella conseguente cessione delle aree, ai sensi dell'art. 8, comma 5°, n. 2 e comma 7°, della legge 6 agosto 1967, n. 765, ha natura di prestazione patrimoniale imposta e di obbligazione "ambulatoria" o "propter rem" dal lato passivo, gravante, quindi, sugli aventi causa degli originari lottizzanti*, per cui, di norma e salva diversa pattuizione negoziale, l'avente causa del lottizzante assume tutti gli oneri a carico di quest'ultimo in sede di convenzione di lottizzazione, compresi quelli di urbanizzazione ancora dovuti. In sintesi, la natura "reale" dell'obbligazione riguarda i soggetti che stipulano la convenzione, quelli che richiedono la concessione, quelli che realizzano l'edificazione e poi i loro aventi causa»[6].

Si legge così che, per un verso:

«Qualora il privato, non adempia all'obbligo di cedere al Comune aree, in applicazione di una convenzione di lottizzazione, il giudice amministrativo può emettere una sentenza costitutiva con gli stessi effetti di un contratto non venuto a conclusione (art. 2932 c.c.), visto che nella materia lo stesso giudice ha giurisdizione esclusiva»[7];

«Va devoluto alla giurisdizione esclusiva del g.a. il ricorso con cui il Comune, al fine di ottenere l'adempimento di una convenzione di lottizzazione, chieda l'emanazione di una sentenza che disponga il trasferimento in proprio favore di determinate aree di proprietà privata, al fine di destinarle alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria. La domanda di emissione di una sentenza che accerti un obbligo di fare ex art. 2932 c.c., invero, essendo tipica azione costitutiva dell'obbligo

[5] Cass. civ., Sez. II, 18 febbraio 1999, n. 1366, per cui, nello specifico: inserito nel negozio complessivo, l'atto - con cui l'originario proprietario dei terreni edificabili, in adempimento dell'obbligazione assunta con gli acquirenti, cede gratuitamente al comune la proprietà delle aree destinate alla urbanizzazione - non può considerarsi come autonomo atto di liberalità, come tale revocabile fino all'accettazione della controparte, ma come adempimento dell'obbligazione già assunta nell'ambito del negozio di vendita dei terreni ed accettata preventivamente dal comune con la stipulazione della Convenzione posta in essere con gli acquirenti delle aree fabbricabili.

Cfr. pure Cass. civ., Sez. I, 25 luglio 2016, n. 15340 (rv. 640670): la convenzione avente a oggetto l'urbanizzazione di un'area di espansione nel contesto di una lottizzazione per un intervento di edilizia agevolata ha normalmente natura di convenzione di lottizzazione ed è in quanto tale idonea a configurare l'obbligazione di trasferimento dei beni a favore del comune. Essa necessita di un successivo atto negoziale di trasferimento i cui effetti possono essere conseguiti, nell'ipotesi di inadempimento del promittente, attraverso una sentenza esecutiva dell'obbligo a contrarre.

[6] T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 19 settembre 2011, n. 1225. Cfr. pure: T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 22 ottobre 2002, n. 4648; T.A.R. Toscana, Firenze, 17 gennaio 1984, n. 18.

[7] T.A.R. Marche, Ancona, 6 agosto 2003, n. 939.

ISSN 2036-7821

di concludere il contratto e derivando da una convenzione urbanistica, va devoluta alla giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 11 co. 5, l. n. 241/90, che a tale giudice deferisce le controversie aventi ad oggetto i c.d. accordi integrativi di provvedimenti amministrativi»[8];

Incidentalmente valga di aggiungere che non muta la qualificazione giuridica della Convenzione urbanistica, benché perfezionatasi prima dell'entrata in vigore della L. n. 241/1990 che ha consacrato il contratto ad oggetto pubblico: trattandosi di figura già in essere nel precedente contesto di esperienza giuridica[9];

«L'inadempimento delle convenzioni urbanistiche, di cui all'art. 8, l. 6 agosto 1967, n. 765, non costituisce violazione di un mero obbligo civilistico, ma integra, a seconda della maggiore o minore gravità, i reati di cui all'art. 17 (lett. a) o b)), l. 28 gennaio 1977, n. 10, sull'edificabilità dei suoli in considerazione del fatto che le convenzioni entrano a far parte del piano di lottizzazione, che costituisce un vero e proprio strumento urbanistico, ed indipendentemente dall'accertamento di un

[8] T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 aprile 2009, n. 860. Cfr. pure:

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3743 (Sussiste la giurisdizione amministrativa in ordine alle controversie relative all'adempimento di obblighi derivanti da convenzioni di lottizzazione, ed in specie inerenti alla declaratoria dell'obbligo di cessione gratuita delle aree relative alle opere di urbanizzazione in favore delle Amministrazioni comunali, ricondotta alla sfera di competenza disegnata dall'art. 11 della l. 7 agosto 1990 n. 241 e comunque all'ambito delle concessioni amministrative, anche ammettendo l'esperibilità da parte dell'ente pubblico territoriale dell'azione ex art. 2932 c.c.);

T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 25 ottobre 2006, n. 841 (Sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alla domanda diretta alla dichiarazione dell'obbligo di privati lottizzanti alla cessione delle aree costituenti opere di urbanizzazione primaria realizzate dai medesimi e destinate all'uso pubblico in adempimento degli impegni assunti dai medesimi o dai loro aventi causa con la sottoscrizione della convenzione di lottizzazione. La fattispecie è stata infatti inquadrata nell'ambito degli accordi sostitutivi e comunque integrativi del provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 11 della L. 7 agosto 1990, n. 241, attributivo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al medesimo articolo);

T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 18 gennaio 2005, n. 153 (Le convenzioni di lottizzazione di cui alla l. n. 765/67, avendo natura di accordi sostitutivi del provvedimento, rientrano nell'ambito dell'art. 11 della l. n. 241/90, con la conseguenza che le relative controversie debbono essere devolute al g.a. Una convenzione che si riconduce alle previsioni dell'art. 27 della legge n. 865/71, come ad esempio nel caso in cui, contestualmente all'atto di concessione o all'atto di cessione della proprietà dell'area, tra il comune ed il concessionario (o l'acquirente) venga stipulata una convenzione per atto pubblico che disciplina gli oneri posti a carico del concessionario (o dell'acquirente) e le sanzioni per la loro inosservanza, anch'essa deve farsi rientrare nel novero delle convenzioni di cui al citato art. 11).

[9] *Ad abundantiam* valga di richiamare Cass. civ., Sez. I, 7 giugno 2022, n. 18361 (In tema di lottizzazione di aree edificabili, l'atto di cessione gratuita di area, sottoscritto dal privato nell'ambito del procedimento per il rilascio di licenza edilizia subordinata all'impegno di attuare le opere di urbanizzazione, ai sensi degli artt. 28 e 31 della l. n. 1150 del 1942, nel testo vigente alla data del 6 agosto 1966, ha valenza privatistica di atto negoziale e non pubblicistica di atto endoprocedimentale, qualora non osservi lo schema procedimentale previsto dalla disciplina transitoria di cui all'art. 8, comma 8, della legge n. 765 del 1967 (c.d. "legge ponte"), che, nel modificare la legge urbanistica n. 1150 del 1942, fa salve le precedenti convenzioni di lottizzazione solo quando, alla data del 2 dicembre 1966, si sia perfezionato il relativo "iter", essendo intervenuta non solo la stipulazione in forma pubblica delle convenzioni medesime, ma anche la deliberazione del Consiglio comunale e l'autorizzazione degli organi di controllo).

concreto danno pubblico»[10].

Per altro verso: «Gli obblighi di urbanizzazione primaria e secondaria assunti con le convenzioni urbanistiche mantengono la loro piena validità a tempo indeterminato e, con riguardo al "vincolo di cessione" delle aree del privato strumentale all'ottemperanza di tali obblighi, non possono configurarsi né decadenze, né prescrizione, né usucapione, trattandosi di area che il privato, in forza della convenzione di lottizzazione, si è obbligato a cedere all'interno del complesso delle previsioni del piano di lottizzazione quale strumento consensuale e per definizione perequativo, in stretta correlazione alla legittima possibilità per i privati di realizzare le edificazioni previste dal piano di lottizzazione»[11]; oltretutto, senza che possa configurarsi un rapporto sinallagmatico diretto fra obbligo di cessione delle aree ed edificazione effettivamente autorizzata dal Piano di Lottizzazione[12].

Ben sintetizza tale stato di cose la Giurisprudenza di poco più risalente rispetto a quella menzionata nel par. prec., laddove osserva che le fattispecie di convenzione urbanistica in esame rientrano fra i 'contratti ad oggetto pubblico', in relazione ai quali può così concludersi (esemplificativamente, alla luce di riferimenti contenuti, fra l'altro, in Consiglio di Stato, Sez. II, 29 novembre 2022, n. 10484, nel richiamare testualmente Sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 6717):

«*l'atto con il quale un proprietario-costruttore si sia impegnato nei confronti del Comune, ai fini del rilascio della concessione edilizia, a conferire una particolare destinazione a determinate superfici non costituisce un contratto di diritto privato, non è riconducibile alla figura del contratto a favore di terzi, di cui all'articolo 1411 cod. civ., né ha specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione*"[13]. *Del resto "l'atto d'obbligo, seppure riconducibile al modulo negoziale, non si esaurisce nello stesso, in quanto "accessivo" rispetto al titolo edilizio che lo*

[10] Cass. pen., 8 ottobre 1985 (fattispecie relativa ad inottemperanza dell'obbligo, previsto dalla convenzione di lottizzazione, di trasferire al Comune, entro due mesi, le aree relative alle opere di urbanizzazione secondaria).

[11] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 5 dicembre 2019, n. 5705. Cfr. pure T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 8.

[12] T.A.R. Marche, Ancona, 6 agosto 2003, n. 939 (Rappresenta un'obbligazione assunta in libertà, quella con cui i proprietari delle aree destinate alla costruzione di un centro civico si obbligano a cedere dette aree, in conformità a quanto previsto dalla convenzione di lottizzazione, oltre a pagare gli oneri di urbanizzazione secondaria che devono essere effettuati nei 60 giorni successivi alla stipulazione della convenzione medesima, a prescindere da ogni limitazione di tempo collegata con l'attività edificatoria. Di conseguenza, nel caso in cui gli attuali proprietari non abbiano sfruttato dal punto di vista edificatorio gli altri terreni disponibili, non possono utilizzare questa come giustificazione per il mancato adempimento degli obblighi che il Comune pretende siano rispettati, visto che detto obbligo non si pone in rapporto sinallagmatico diretto con l'edificazione effettivamente autorizzata dal piano di lottizzazione).

[13] Cfr.: Cass. civ., Sez. II, 18 settembre 2013, n. 21396; anche Cass., SS.UU., 20 aprile 2007, n. 9360; Cons. Stato, Sez. IV, 21 giugno 2021, n. 4766; Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2773; Sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5628; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 1 giugno 2020, n. 980.

ingloba"[14]*. Quindi la mancata attuazione degli impegni assunti attraverso l'atto di asservimento rende legittimo - e altresì necessario - l'intervento sanzionatorio comunale, attraverso il quale deve essere ripristinata - o posta in essere per la prima volta - la condizione, la cui realizzazione era stata assunta dalla parte istante, cui era subordinato il rilascio del titolo edilizio o la sua formazione in seguito al decorso del tempo*[15]*. Del resto, secondo una condivisibile giurisprudenza, "gli obblighi di facere (realizzare le opere di urbanizzazione) e di dare (…) sono assunti, infatti, a fronte dell'esercizio dell'attività di pianificazione da parte del comune e dei vantaggi astrattamente ritraibili dagli investitori dall'esercizio di questa potestà"*[16] *e deve essere garantita la loro permanenza e attuazione nel corso del tempo, con la conseguenza che un inadempimento del privato determina uno squilibrio nell'assetto del territorio cui deve essere posto rimedio o dando attuazione ai ridetti obblighi o rimuovendo l'intervento edilizio e i suoi effetti.*

…

Ad abundantiam, *deve rilevarsi che non ha fondamento nemmeno l'eccezione di intervenuta prescrizione dell'obbligazione assunta dalla ricorrente per decorso del termine decennale dal conseguimento dell'agibilità …, visto che gli effetti obbligatori discendenti dalle convenzioni urbanistiche o dagli atti ad esse equiparati non sono soggetti a scadenza, a differenza del regime urbanistico conseguente alla pianificazione attuativa o al rilascio del titolo edilizio. Secondo una recente giurisprudenza, difatti, "gli obblighi di cessione recati da una convenzione di lottizzazione ovvero dagli atti a questa assimilabili devo essere ritenuti imprescrittibili*[17]*, atteso che: c.1) quanto al significato da attribuire agli artt. 16, 17 e 28 della*

[14] Cons. Stato, Sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579.

[15] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 24 novembre 2021, n. 2603.

[16] Cons. Stato, Sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358.

[17] Osserva Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4278: «secondo la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2768; Id., Sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6572), in materia di efficacia del piano di attuazione (o di strumenti urbanistici analoghi, quale un piano di lottizzazione o un piano di zona per l'edilizia economica e popolare) dopo la scadenza del termine previsto per la sua esecuzione, da una corretta interpretazione dell'art. 17 della L. n. 1150 del 1942 debbono ritenersi discendere i seguenti principi:

a) le previsioni dello strumento attuativo comportano la concreta e dettagliata conformazione della proprietà privata (con specificazione delle regole di conformazione disposte dal piano regolatore generale, ai sensi dell'art. 869 c.c.);

b) in linea di principio, le medesime previsioni rimangono efficaci a tempo indeterminato (nel senso che costituiscono le regole determinative del contenuto della proprietà delle aree incluse nel piano attuativo);

c) col decorso del termine, diventano inefficaci unicamente le previsioni del piano attuativo che non abbiano avuto concreta attuazione, cosicché non potranno più eseguirsi gli espropri, preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche e delle opere di urbanizzazione primaria, né si potrà procedere all'edificazione residenziale, salva la possibilità di ulteriori costruzioni coerenti con le vigenti previsioni del piano regolatore generale e con le prescrizioni del piano attuativo, che per questa parte ha efficacia ultrattiva.

In particolare, quanto al significato da attribuire agli artt. 16, 17 e 28 della legge urbanistica - secondo cui l'efficacia dei piani particolareggiati, ai quali si assimilano analogicamente le lottizzazioni convenzionate, ha un termine entro il quale le opere debbano essere eseguite, che non può essere superiore a dieci anni -, la giurisprudenza ha chiarito che l'imposizione del termine suddetto va inteso nel senso che le attività dirette alla realizzazione dello strumento urbanistico, sia convenzionale che autoritativo, non possono essere attuate ai sensi di legge oltre un certo termine, scaduto il quale l'autorità competente riacquista il potere-dovere di dare un nuovo assetto urbanistico alle parti non realizzate, anche, in ipotesi, con una nuova convenzione di lottizzazione. Ne

ISSN 2036-7821

legge urbanistica - secondo cui l'efficacia dei piani particolareggiati ha un termine entro il quale le opere debbano essere eseguite, che non può essere superiore a dieci anni - "l'imposizione del termine suddetto va intesa nel senso che le attività dirette alla realizzazione dello strumento urbanistico, sia convenzionale che autoritativo, non possono essere attuate ai sensi di legge oltre un certo termine, scaduto il quale l'autorità competente riacquista il potere-dovere di dare un nuovo assetto urbanistico alle parti non realizzate, anche, in ipotesi, con una nuova convenzione di lottizzazione. Ne segue che, se, e fino a quando, tale potere non viene esercitato, l'assetto urbanistico dell'area rimane definito nei termini disposti con la convenzione di lottizzazione[18]" (sentenza n. 4278/2014, cit.); c.2) tale interpretazione è conforme alle statuizioni dell'Adunanza plenaria, secondo cui le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo "si esauriscono ... nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi che solo mediatamente trovano fonte nel piano urbanistico attuativo (nel caso di specie, piano di zona), radicandosi piuttosto nelle convenzioni urbanistiche, disciplinate dall'art. 11 della L. n. 167 del 1962, come modificato dalla L. n. 865 del 1971, ovvero negli atti d'obbligo accessivi al provvedimento di assegnazione" (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20 luglio 2012, n. 28)»[19].

Da quanto testé riportato, dunque, risulta trovare conferma che la 'chiave di volta' del problema della prescrittibilità degli "obblighi di cessione", deve rinvenirsi nella 'specialità' dei "contratti ad oggetto pubblico": con correlato superamento della tesi secondo cui al Comune risulterebbe precluso di adire il Giudice amministrativo per richiedere una sentenza *ex art.* 2932 c.c. (costitutiva degli effetti del trasferimento a titolo gratuito, a suo favore, della piena proprietà delle aree sottoposte a vincolo di cessione), stanti la natura negoziale della convenzione, l'implicito riconoscimento (in capo al Comune stesso) di una posizione giuridica soggettiva avente natura di 'diritto soggettivo disponibile', la prescrizione decennale maturata (almeno secondo certo indirizzo) a seguito dello scadere del termine di efficacia (parimenti decennale) del piano attuativo in forma convenzionata[20]. Tanto più che:

---

segue che, se, e fino a quando, tale potere non viene esercitato, l'assetto urbanistico dell'area rimane definito nei termini disposti con la convenzione di lottizzazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 851).

Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo (ovvero dei piani a questo equiparati) si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28)».

Cfr. pure: Sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5413; da ultimo, Sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 1341; Sez. IV, n. 3672 del 14 giugno 2018; Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4144.

[18] Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 851.

[19] Consiglio di Stato, Sez. II, 29 novembre 2022, n. 10484.

[20] In tal senso: TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 22 luglio 2022, n. 2019 e Sez. III, 20 settembre 2021 n. 2827; Cons. Stato, Sez. II, 31 agosto 2020 n. 5318 e 20 aprile 2020, n. 2532; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. III, 21 marzo 2019, n. 619.

ISSN 2036-7821

Osserva T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 5 dicembre 2019, n. 5705 che «la questione della applicabilità della prescrizione ex art. 2934 c.c. alla situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il Comune nei confronti del privato in forza di una convenzione di lottizzazione o comunque in base ad una convenzione urbanistica ex art. 28 della L. 17 agosto 1942, n. 1150 non ha trovato soluzione unanime in giurisprudenza, riflettendosi in essa le più ampie problematiche concernenti la natura giuridica dell'atto bilaterale cui è condizionata l'autorizzazione ad edificare dell'ente locale e la perimetrazione della clausola di compatibilità dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti prevista dall'art. 11 della L. n. 241 del 1990, cui si riconducono le convenzioni di lottizzazione (quali accordi sostitutivi del piano particolareggiato ex art. 13 e ss. della L. n. 1150 del 1942 che è invece connotato dalla iniziativa esclusiva dell'amministrazione e dal "modulo autoritativo").

… Secondo un orientamento che fa leva sulla natura negoziale della convenzione, la pretesa dell'amministrazione di ottenere la cessione gratuita delle aree e la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, oggetto della correlativa obbligazione assunta dal privato, sarebbe assoggettata al termine di prescrizione ordinario decennale, con ciò implicitamente riconoscendo alla posizione giuridica soggettiva del Comune natura di "diritto soggettivo disponibile" (stante la conseguente operatività della deroga di carattere generale di cui all'art. 2934 comma 2 c.c.).

Nell'ambito di tale opzione interpretativa, secondo una prima declinazione della tesi, il dies a quo della decorrenza della prescrizione viene individuato nella stipula della convenzione medesima (T.A.R. Napoli, Sez. II, 23 marzo 2007 n. 2773); secondo un'altra, nella scadenza del termine di efficacia decennale della convenzione medesima, in forza dell'applicazione dell'art. 2935 c.c., non potendosi qualificare, prima di tale scadenza, come esigibile l'obbligazione convenzionalmente assunta dal privato (ex multis T.A.R. Brescia, 3 febbraio 2003, n. 65; T.A.R. Milano, Sez. III, 6 novembre 2013, n. 2428; T.A.R. L'Aquila, 12 settembre 2013, n. 747).

Ritiene il Collegio che, in adesione ad un opposto orientamento (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 1341: "gli obblighi di cessione recati da una convenzione di lottizzazione ovvero dagli atti a questa assimilabili sono imprescrittibili - cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza n. 4278 del 26 agosto 2014, nonché n. 5413 del 30 novembre 2015; da ultimo, Sez. IV, n. 3672 del 14 giugno 2018 -"; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2019, n. 2084), dalla natura "sostitutiva" del potere pianificatorio che si riconosce ex art. 11 della L. n. 241 del 1990 alla convenzione di lottizzazione derivi invece l'incompatibilità dell'istituto della prescrizione alla "pretesa" dell'amministrazione all'esecuzione di tali impegni; pretesa, irriducibile ad una posizione di diritto soggettivo "disponibile" di cui sarebbe titolare il Comune, essendo volta, sia pure mediante l'adozione di una modalità di esercizio concordata del "potere di pianificazione" ad essa attribuito dalla legge, a perseguire l'interesse pubblico al razionale assetto urbanistico del territorio; come tale di carattere non rinunciabile né estinguibile per effetto del mero decorso del tempo (o, secondo una diversa ricostruzione della prescrizione - dalla quale deriverebbe solo un effetto preclusivo all'esercizio del diritto - suscettibile di essere "indebolito" dall'eccezione sollevata dalla controparte).

… E' stato sul punto osservato che gli artt. 16, 17 e 28 della L. 17 agosto 1942, n. 1150 - i quali prevedono il termine di efficacia decennale dei piani particolareggiati, con disciplina analogicamente applicabile anche alle convenzioni di lottizzazione - debbano interpretarsi nel senso che "le attività dirette alla realizzazione dello strumento urbanistico, sia convenzionale che autoritativo, non possono essere attuate ai sensi di legge oltre un certo termine, scaduto il quale l'autorità competente riacquista il potere-dovere di dare un nuovo assetto urbanistico alle parti non realizzate, anche, in ipotesi, con una nuova convenzione di lottizzazione. Ne segue che, se, e fino a quando, tale potere non viene esercitato, l'assetto urbanistico dell'area rimane definito nei termini disposti con la convenzione di lottizzazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 851). Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo (ovvero dei piani a questo equiparati) si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28) (...) Pertanto, tenendo conto dell'indiscussa ultrattività … del piano di lottizzazione in oggetto, resta tuttora in vigore il complesso delle prescrizioni in cui questo si articola e dunque, nella specie, l'obbligazione della società appellata di dar corso alla cessione delle aree destinate alle opere di urbanizzazione. E ciò anche perché, alla luce dell'esigenza di un governo del territorio che sia necessariamente sollecito dell'interesse pubblico, sarebbe inconcepibile ammettere che un imprenditore privato possa godere dei profitti di una lottizzazione a danno della collettività: il che avverrebbe se egli potesse sottrarsi all'obbligo di fornire gli spazi occorrenti per l'urbanizzazione primaria e secondaria, che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica non rappresentano una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di

per consolidata giurisprudenza della Cassazione, «il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c., al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere *ex lege*»[21];
d'altro canto, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non vi sia motivo per escludere che possa essere oggetto dell'azione *ex art.* 2932 c.c. il mancato adempimento, da parte del privato, di un obbligo di cessione assunto con specifici atti d'obbligo (o, come nel caso di specie, con una convenzione urbanistica)[22].
Se non che, spetta al 'formante' dottrinale di colmare la lacuna determinatasi nella trattazione da parte della giurisprudenza[23]; dal momento che quest'ultima non si è spinta al confronto con l'interrogativo di fondo (al più, abbozzato all'orizzonte) del quale il discorso degli "*obblighi* di cessione" rappresenta il mero 'negativo' (o, con altra figura retorica, il *verso* rispetto al *recto* della stessa medaglia): sì da concludere (come anticipato) che «il *diritto* del Comune alla cessione da parte del privato lottizzante delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, proprio in relazione alla connotazione pubblicistica di dette opere, non sia qualificabile *de plano* in termini di diritto soggettivo» (cfr. par. 1.), evidentemente stante la sua 'indisponibilità'. Al punto che lo stesso 'formante' giurisprudenziale finisce con l'eludere il problema qualificatorio, pedissequamente 'allineandosi' alla

---

legittimità della lottizzazione" (sentenza n. 4278/2014, cit. che riforma il precedente di questa Sezione n. 2773/2007 …

L'ultrattività, in parte qua, del piano di lottizzazione, si giustifica "alla luce dell'esigenza di un governo del territorio che sia necessariamente sollecito dell'interesse pubblico", essendo inconcepibile "ammettere che un imprenditore privato possa godere dei profitti di una lottizzazione a danno della collettività: il che avverrebbe se egli potesse sottrarsi all'obbligo di fornire gli spazi occorrenti per l'urbanizzazione primaria e secondaria, che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica non rappresentano una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di legittimità della lottizzazione" (Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4278). Ne consegue che gli obblighi di urbanizzazione primaria e secondaria assunti con le convenzioni urbanistiche mantengono la loro piena validità a tempo indeterminato, e che con riguardo al "vincolo di cessione" delle aree del privato strumentale all'ottemperanza di tali obblighi, non possono "configurarsi né decadenze, né prescrizione, né usucapione, trattandosi di area che il privato, in forza della convenzione di lottizzazione, si è obbligato a cedere all'interno del complesso delle previsioni del piano di lottizzazione quale strumento consensuale e per definizione perequativo, in stretta correlazione alla legittima possibilità per i privati di realizzare le edificazioni previste dal piano di lottizzazione" (T.A.R. Cagliari, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 8)».

[21] *Ex multis*, Cass. civ., Sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160.

[22] Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28.

[23] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, 438 s.: agli "insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento" può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

soluzione 'volontaristica' (*voluntas legis*) di affidare le controversie, relative alla "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo", alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.)[24].

Così, però, esponendosi alla duplice censura:

d'"inversione di metodo" cioè, d'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi (oltre che del 'paravento' della giurisdizione esclusiva) di coppie di concetti, quali quelle di "contratto ad oggetto pubblico" - "attribuzione alla presa in carico" (a tempo illimitato) in luogo di "accordo negoziale" - "diritto soggettivo alla cessione"; ma tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi[25];

nonché, di osservare un protocollo di gerarchizzazione-confinazione sistemica in punto di prescrizione della prerogativa di 'presa in carico' / 'cessione' (sia pur non esclusivo della giurisprudenza) che si presta alle medesime obiezioni rivolte (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del 'diritto vivente' (ravvisandovi una delle frequenti espressioni che si rinvengono nei più disparati ambiti di materia[26]): di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica. Ci si riferisce all'argomentazione ultimamente suggellata dall'effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né, d'altronde, varrebbe di far sortire esiti confortanti dall'esperimento d'innesto, in quella 'dottrina', dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali "di libertà"), per via del riferimento alle soggettività istituzionalizzate: "debole" stante un assetto pluralistico orfano di una loro riduzione positivistica alla legge[27]. Così, dal momento

[24] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

[25] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

[26] M. COTZA, *Sistema giuridico dei rimedi contro la concorrenza sleale, nell'ottica consumeristica, tra dogmi e principio di "autoresponsabilità" (criticità sopravvissute alla "modernizzazione" del mercato)*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023, segn. p. 181 s.

[27] Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "Carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.

che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti: se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi; la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della coesistenza).

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai autoreferenziale la quale trascura che, nello "Stato costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale,

Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle "Carte fondamentali") l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivistica alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

comunque, a prescrivere la "verità" per decreto»[28].

Gli è che, a patto di convenire sul carattere precipuo della ragione, quale è l'"idea di evidenza", essendo innegabile che la capacità di deliberare ed argomentare rappresenta un segno distintivo dell'essere ragionevole, deve concludersi che quell'idea non può venir costretta entro i limiti dell'intuizione razionale (che fonda l'evidenza delle proposizioni sulla loro necessità logico-formale) o dell'intuizione sensibile (che fonda l'evidenza delle proposizioni sulla "verità", quale loro conformità ai fatti); a meno di relegare nel campo dell'irrazionale tutto ciò che sfugge al calcolo (alla deduzione logica ed alla sperimentazione). Ma poiché introdurre una dicotomia, una soluzione di continuità, tra le due sfere (logica e psicologica) delle facoltà umane, sarebbe operazione "affatto artificiale e contraria ai reali procedimenti del nostro pensiero"; l'evidenza va concepita ad un tempo, come la forza cui ogni mente normale non può che cedere, e come segno della "verità" di ciò che s'impone perché evidente.

Ciò comporta che, essendo indissolubilmente legati i caratteri della razionalità e della scientificità, anche ad un discorso argomentativo, quale quello giuridico (come tale inerente ad un campo d'indagine i cui oggetti constano di elementi irrazionali, *rectius* psicologici, che si presentino in forma di ostacoli da superare – come la passione e la suggestione – o di fonti di certezza sopra-razionali – quali l'etica e, in genere, il mondo dei valori –), può riconoscersi dignità scientifica. A patto, però: di chiarire i termini del problema, tentando di comprendere cosa gli altri abbiano pensato ed affermato del medesimo; di circoscrivere il confronto fra soggetti tecnicamente non "incolti"; ed inoltre, purché quel discorso venga sorretto da adeguati "mezzi di prova".

Resta inteso che, in quell'ottica e secondo quanto anticipato, non si può accettare come appagante qualsivoglia risposta sia in grado di provocare od accrescere l'"adesione delle menti". In altri termini, dalla teoria strutturale dell'argomentazione (dalla "nuova retorica") ci si è risolti a far propria la scoperta di un'accezione dell'evidenza-verità estensibile anche ai campi delle discipline sociali, empiriche (sì da conferir loro dignità scientifica); non anche il complesso delle tecniche di persuasione come slegate dalla probabilità (*rectius*, dalla verosimiglianza) delle tesi prospettate all'assenso (strumentali al conseguimento di una evidenza-adesione non necessariamente coincidente con la verità, secondo i canoni della retorica classica).

Pertanto, dovrebbe risultar ben chiaro che, il recupero, sotto l'insegna del "verosimile", del mondo dei valori al dominio della ragione (ancorché "pratica" distinta da quella "pura"), giova a restituire il campo dell'indagine giuridica ad uno studio appropriato (in quanto confacente, congeniale al suo oggetto), non più succube di un razionalismo matematizzante ed altresì immune dalle soggettivazioni dell'antiformalismo tradizionale. Tuttavia, a quello stadio, una "logica (in senso lato)

[28] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

ISSN 2036-7821

delle scienze non dimostrative", non può ancora reputarsi sufficientemente attrezzata a liberare le scelte implicanti il riferimento a valori dalle più subdole manifestazioni di prevaricazione; semmai, la minaccia dell'indottrinamento si accresce quando le procuri favorevole sponda la suggestione di un criterio normativo di validità formale.
Da qui, innanzitutto, venendo ad una prima *par construens* del discorso, la prospettiva di una valutazione 'oggettivante': quale quella offerta dai canoni della 'logica operazionale' (in termini di costi/benefici) avanzati dal 'razionalismo critico', cui verrà dedicato qualche cenno essenziale in prosieguo di trattazione.

II

3. Per una revisione epistemologica del concetto giuridico di contratto.
Evidentemente, il duplice ordine di connessioni critiche nanti articolato esprime in prevalenza la *pars destruens* di un discorso 'revisionista', con riguardo allo specifico tema di studio, delle implicazioni, sul regime delle cessioni, di una riconduzione delle convenzioni urbanistiche al modello del 'contratto ad oggetto pubblico' recepito dall'art. 11, L. n. 241/1990. Nondimeno, quelle stesse connessioni segnano la strada da percorrere onde superare la tesi che vorrebbe dare 'per scontata' la negazione di un diritto soggettivo: a partire da una riflessione di metodo, sui principali canoni dogmatici di riferimento.
Da qui, l'esigenza di una 'rivisitazione', in chiave concettual-sistematica per l'appunto, di ciò su cui (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato normativo complesso (la disciplina urbanistica e quella contenuta nella Legge generale sul procedimento e sull'attività amministrativa): dalla 'fattispecie' del 'contratto'; agli istituti del 'diritto soggettivo' e dell''interesse pubblico'.
Procedendo per gradi, si tratta, innanzitutto, di trarre, dalle disposizioni, concetti grazie ai quali poter rappresentare i fatti concreti in modo omogeneo con la previsione normativa; ovvero, di "adeguare" quest'ultima al dato reale. Ma, a loro volta, i concetti si presentano, innanzitutto, come problemi di definizione "nominale", cioè di enunciati che indicano (non la realtà dei "designati", le caratteristiche essenziali delle entità di cui sono la definizione, bensì) il significato "scelto" di parole. Problemi semiotici, dunque, dal momento che le reazioni di comportamento dei soggetti agenti sono sempre mediate dalla comprensione del significato dei fattori che le influenzano a partire dal "quadro grammaticale" della loro comunicazione linguistica. Con due ordini di difficoltà, oltretutto, giacché: per un verso, è rapporto dibattuto quello fra lessico giuridico ed ordinario; per l'altro, ogniqualvolta si operi con concetti di tipo "normativo" (in quanto, lungi da un evidente riferimento empirico ad oggetti extralinguistici, designano entità "artificiali"), la duplice

ISSN 2036-7821

convenzionalità del "rapporto segnico" (tra significante – "testo che esprime" – / significato – "contenuto espresso" – e referente) può comportare che non basti l'individuazione del "sistema semiotico" competente, trattandosi di procedere (all'occorrenza) mediante definizioni contestuali.
Di là dalle ultime connessioni (problematiche), la tecnica interpretativa del giurista ha compiuto un salto qualitativo solo dal momento in cui ha avuto l'opportunità di avvalersi delle più avanzate logiche del comprendere.
Se si conviene d'intendere per cultura la "spiritualità nella dimensione sociale", il diritto (conclusione "logicamente necessaria") è un fenomeno culturale essendone connotati intrinseci sia l'umanità che la socialità. Conseguentemente, le leggi non possono essere conosciute alla stregua di altri fenomeni "cui niente si può aggiungere, né sottrarre (corpi giuridici)"; non le si può, cioè, assoggettare a procedimenti analitici, fondati su di un rapporto di rigida contrapposizione del soggetto all'oggetto della conoscenza.
Ma per giungere a tanto (cioè al superamento dell'ideologia del positivismo ottocentesco, legata ad un concetto limitato di razionalità, che ammette solo argomenti deduttivi), non è stato sufficiente l'avvento né di una società industriale di produzione di massa e pluralistica, né di Costituzioni che assumono valori metalegislativi (in perenne tensione) tra le condizioni di legittimazione del diritto positivo. Si è dovuto attendere altresì l'affermarsi di quelle correnti della gnoseologia (o, a seconda del ceppo culturale, dell'epistemologia), cui va riconosciuta: una riarticolazione, del problema del "comprendere", complementare ad una nuova concezione di scienza in grado di includere (oltre a quelle naturali) anche le discipline che si occupano delle "oggettivazioni dello spirito". Si tratta, a tal punto, di completare il discorso relativo al "risveglio" del giurista dal "sopore dogmatico".

Sostituzione dei "concetti-sostanza" con "concetti-funzione"

Prestando seguito all'abbozzato ordine espositivo, valga di osservare che la forma tradizionale di astrazione poggia sull'idea (di matrice aristotelico-platonica) del generale come universale, sull'ipostatizzazione dei connotati "essenziali" di un oggetto, rispetto ai quali gli altri, meri "accidenti", vengono pretermessi[29]. Di tal fatta, ogni concetto «*perde in "comprensione" ciò che guadagna in "estensione"*»[30]. Così denunciando (all'insegna dei postulati metafisici) un duplice arbitrio: un'astrazione-selezione fondata sulla "sostanza" che, come tale, tralascia una pluralità di ulteriori

[29] Dunque, le uniche connessioni logiche che presiedono alla concettualizzazione sarebbero quelle di superordinazione e subordinazione (di genere a specie), per cui quell'operazione procederebbe al pari di un'ascesa guidata induttivamente (dai particolari sensibili verso specie e generi sempre più elevati); ma così traducendosi in una metafisica della "sostanza" come sostrato fisso ed ultimo di qualità mutevoli che verrebbe "copiato" mediante rappresentazioni sensibili e mai verificabili (M. FRIEDMAN, *La filosofia al bivio*, Raffaello Cortina Editore, 2004).

[30] M. BARCELLONA, *Diritto…*, p. 103.

ISSN 2036-7821

punti di vista secondo i quali il medesimo oggetto può essere considerato; la sostituzione, all'originaria totalità, di una parte soltanto dei suoi elementi, sì da non rendere intellegibili le "determinazioni" (concetti inferiori) dell'astrazione medesima. Laddove i "concetti-funzione" non si limitano ad indicare (e consentire) un'operazione specifica dell'essere razionale: finalistica (di un'attività rispetto ad uno scopo), sostituendo all'idea di "oggetto", come limite estremo della conoscenza-comprensione, quella di suo tramite (di compagine di relazioni). Tali concetti, infatti, nel mondo della giuridicità: esplicitando i punti di vista che presiedono alla loro formazione, sostituendo gli elementi accidentali con variabili (correlate a costanti di una medesima funzione normativa fondamentale, articolata in distinte *subrationes*); consentono di disporre di un criterio di "verificabilità" delle relative determinazioni[31].
A breve si tenterà di prospettare un esperimento applicativo, di tale 'approccio' epistemologico, segnatamente con riguardo al concetto di 'contratto': non prima però di aver completato, nei suoi termini essenziali, il discorso di teoria della conoscenza.

Precomprensione

Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, bensì quella (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione".
Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima[32].

[31] E. CASSIRER, *Sostanza e funzione*, tr. it. Firenze, 1973.

[32] All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 -sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984-.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso».

L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»).

In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica. Del "permanente effetto di scambio", tra comprensione dello stato di cose e comprensione del diritto, si occupa anche K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, *Heidelberg*, 1935; ID., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, in *Studium Generale*, X, Berlin, 1957, p. 173 s.; ID., *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. Milano, 1970. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, tr. it. Milano, 1962, pp. 104-105, parla di una "comprensione provvisoria del nesso giuridico".

In effetti, la scoperta della precomprensione acquista un particolare rilievo proprio nel campo delle scienze dell'uomo, una volta superata l'idea classica per cui il testo (il dato linguistico) va trattato come se fosse di per sé sufficiente a guidare la comprensione. Così che quest'ultima si limiterebbe a cogliere un significato precostituito, già compiutamente definito una volta per tutte, lo scritto da interpretare essendo considerato alla stessa stregua dell'oggetto di una ricerca che si svolge secondo una progressione lineare, del tipo di quella condotta dalle scienze naturali, "nell'illusione di raggiungere un'oggettività simile a quella propria (o, meglio, che a torto si ritiene propria) di tali scienze" (MENGONI, *Ermeneutica*..., pp. 9 e 4, nt. 16; termine d'attacco di tale critica è il concetto di metodo formulato da W. DILTHEY, *Die Entstehung der Hermeneutik*, in *Gesammelte Schriften*, V, Leipzig u. Berlin, 1924, p. 319).

La comprensione ermeneutica non è un mero sviluppo, "differenziato da una migliore tecnica interpretativa", della relazione elementare soggetto-oggetto che si instaura fra lettore e testo.

Se al testo si riconosce il carattere di struttura linguistica aperta, il "circolo ermeneutico", attraverso cui si esprime la "legge fondamentale" del comprendere, non è una relazione interna (formale, tra parti e tutto) al testo, quale oggetto contrapposto al soggetto interpretante, ma di essa fa parte anche quest'ultimo, come "permanentemente determinato dal movimento anticipante della precomprensione".

Ne consegue, innanzitutto, che al processo interpretativo deve riconoscersi la struttura dialogica della domanda e della risposta. «Punto di partenza dell'interpretazione non è il testo (analogamente alle scienze della natura, la cui ricerca muove dalla "cosa in sé"), bensì un fatto della vita o una situazione problematici, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato» (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 10). Ciò non significa escludere la "dimensione linguistica" dai referenti dell'interpretazione (quella essendo non solo mezzo di comunicazione di un contenuto logico o psichico già formato, ma innanzitutto strumento con cui tale contenuto si costituisce, forma del pensiero, non mero rivestimento accidentale di esso), bensì privarla dell'"esclusiva": «il testo fornisce un significato, e non semplicemente un senso (cioè una dimensione semantica e non semplicemente semiologica), soltanto se è fatto reagire con un caso concreto. Alla polisemia delle parole è correlativo il ruolo selettivo dei contesti nel cui ambito sono usate» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 10-11).

Trascorrendo, così, dal piano ontologico a quello epistemologico, l'analisi fenomenologica del comprendere impone, innanzitutto, di «acquisire tecniche adeguate di controllo razionale della precomprensione in base alla quale l'interprete procede a interpellare il testo, in guisa da garantirne l'apertura costante al dialogo col testo e

ISSN 2036-7821

impedire che i pregiudizi, le abitudini mentali, le categorie dogmatiche dell'interprete, la sua partecipazione acritica alla tradizione convertano il dialogo in monologo» (MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 11). In tal senso, sul piano epistemologico, due "condizioni fondamentali" possono contribuire a scongiurare il pericolo che la precomprensione "diventi fonte di fraintendimento o strumento di manipolazione arbitraria del pensiero del testo": «La prima condizione è una "coscienza ermeneutica educata", cioè "preliminarmente sensibile all'alterità del testo", che rende l'interprete pronto a lasciar parlare il testo, a "mettersi in ascolto dell'opinione del testo". La seconda condizione, implicita nella prima, è "una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi" per assoggettarli al controllo della riflessione critica. L'interprete deve essere costantemente disposto a mettere alla prova la sua precomprensione, a confrontarla criticamente, in relazione al problema proposto, con la parola del testo e a introdurre nelle proprie aspettative di senso tutte le correzioni richieste dall'esegesi del testo. Solo accedendo alla dimensione critica dell'esegesi la comprensione diventa ermeneutica, trascorre da una comprensione provvisoria a una comprensione fondata (e quindi concettualizzata)» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 11-12).

L'interpretazione è, non già (come riteneva la teoria romantica) mera riproduzione di un originario atto produttivo, il "ripensare un già pensato"; bensì un'attività inventiva che, accettando e computando (sotto forma di tradizione) la distanza temporale dall'epoca del testo, svolge un compito mediatore del senso originario di quello col presente e le sue esigenze. Un contributo, in tal senso, è offerto dalla teoria dell'"efficacia conseguenziale dell'accadimento storico nella storia" (*Wirkungsgeschichte*, per cui si rinvia a GADAMER, *Verità…*, p. 350 s.): qualunque discorso in forma documentale, come ogni fatto storico, acquista ulteriore efficacia dal momento che s'inserisce in una concatenazione di determinazioni storiche, le quali conservano, nella forma della tradizione, il passato (almeno una parte di esso, dato che la prima è selettiva), ed al contempo si proiettano nel futuro determinando le condizioni per successivi accadimenti. «L'interprete dotato di coscienza storica fondata sulla *Wirkungsgeschichte* sa che la lontananza temporale dall'epoca del testo non è una distanziazione alienante, ma è una distanza riempita dalla continuità di una tradizione comune, che definisce la situazione ermeneutica iniziale e della quale è parte integrante "la catena delle interpretazioni passate, attraverso cui la precomprensione è obiettivamente mediata con il suo oggetto". Perciò egli deve non già rifiutare la distanza temporale, nell'illusione di potersi rendere "contemporaneo" al lettore originario (secondo la direttiva psicologizzante e storicizzante dell'ermeneutica romantica), ma al contrario appropriarsene "riconoscendo in essa una positiva e produttiva possibilità del comprendere". In questa prospettiva il passaggio dall'ontologia della comprensione all'epistemologia dell'interpretazione è compiuto da Gadamer fondando l'oggettività scientifica di quest'ultima sulla funzione di riflessione critica nei confronti della tradizione, che agisce nel processo interpretativo attraverso le strutture della precomprensione» (MENGONI, *Ermeneutica*..., pp. 13-14).

D'altro canto, poichè la stessa comprensione del giurista affonda le sue radici nella tradizione e presenta la struttura circolare della domanda e della risposta, ne consegue che:

- anch'egli «deve prendere coscienza della storicità della propria situazione, attingendo un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali apprese dalla comunità scientifica di cui è parte, nelle quali possono essere incorporati giudizi di valore non più rispondenti alla natura dei nuovi rapporti socio-economici o socio-culturali inerenti al caso in questione» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 19-20);

- la conoscenza del significato del testo normativo è legata tanto alle regole dell'analisi del linguaggio («...il tenore letterale del testo svolge una funzione euristica di grande importanza, sia scartando i progetti di senso che con le parole della legge non hanno alcuna congruenza, sia sollecitando la forza evocativa o figurativa del linguaggio e così contribuendo alla formazione di ipotesi di soluzione oggettivamente fornite di senso» - MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 17-18-), quanto al riferimento ai dati di fatto (extratestuali), a fattispecie (reali o pensate) da risolvere, emergenti dall'ambito normativo del testo, come definito dal segmento di realtà sociale individuato quale campo di applicazione della norma. Inoltre, l'integrazione dialettica derivante dal confronto fra il testo normativo (la "lettera") e la fattispecie concreta cui riferirlo, fa assurgere la norma a strumento di apprendimento della realtà (di quel contesto fattuale rappresentato dalla morfologia dei comportamenti sociali), dal momento che quest'ultima viene "letta" (considerata, intesa) in termini giuridici, attribuendole (sempreché sia possibile) un significato conforme o meno alle disposizioni legislative.

La comprensione conoscitiva dei testi normativi, pertanto, presenta una struttura applicativa ed appartiene all'"essere" di ciò che viene compreso. Tale tesi non nega la distinzione tra i due momenti della comprensione e dell'applicazione, non li confonde in un unico atto (come fa la dottrina positivistica), ma li riconduce ad un processo unitario: «la conoscenza del significato di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione – a seguito d'interpretazione – per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa", le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana, avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione"[33].

In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la consapevolezza della "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica. Essa è, non già mera riproduzione di un originario atto produttivo, il "ripensare un già pensato"; bensì un'attività inventiva che, accettando e computando (sotto forma di tradizione) la distanza temporale dall'epoca del testo, svolge un compito mediatore del senso originario di quello col presente e le sue esigenze. *La comprensione conoscitiva dei testi normativi, pertanto: presenta una struttura applicativa*; stante il *topos* del postmoderno

---

concreto non sono due atti separati, ma un processo unico» (GADAMER, *Verità*…, p. 360 s.); così che il testo della legge può essere compreso adeguatamente solo in ogni momento, in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti. Nella dottrina giuridica italiana, T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma («A rigore la norma vive come "norma" solo nel momento in cui viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo, e cioè in realtà la formulazione -ai fini dell'applicazione- della norma», *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 s.). Cfr. pure G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, pp. 19 e 164, ove l'a. aderisce alla teoria esposta da J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, 1983).

Applicata alla fattispecie per risolvere la quale è stata predisposta (sulla base di un testo), la norma diviene essa stessa testo, in forma di "precedente", "a sua volta bisognoso di interpretazione", in occasione di successive applicazioni.

[33] Per cui può rinviarsi a J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, 1983).

ISSN 2036-7821

(proceduralismo), trova ideali sedi di deputazione nell'esercizio delle funzioni giurisdizionale ed amministrativa.

Pensiero problematico e discipline "regionali" (circolo ermeneutico)

I risultati dell'esplorazione a livello ontologico, nel ritorno a quello epistemologico, si sono tradotti in una riqualificazione dell'ermeneutica secondo il "razionalismo critico". Quest'ultimo paradigma generale: rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici); per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[34].

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza".

Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali" (compresa quella giuridica).

Segnatamente, entrando in tale ordine di idee, meglio si apprezza una concezione "logica" del processo ermeneutico(-applicativo) di tipo "circolare", in corrispondenza della quale il giudizio valutativo e concreto non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogisma pratico), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[35], ma (quel

[34] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, 59 s.

[35] B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, segn. pp. 27-28. Il pensiero crociano è stato criticato per la riduzione di quella giuridica ad attività genericamente pratica (*op. ult. cit.*, p. 147 s.), trascurando sia la fondazione della riflessione storica, sia il rilievo dato alla realtà dell'esecuzione della legge (*ivi*, p. 328; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1965) su cui (per contro) insiste la dottrina che ha assimilato quella lezione. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 s. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l'approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

che è peggio) un'aberrazione (in senso metafisico) del processo. Così (esemplificativamente, ma come anticipazione del discorso ultimo di una concettualizzazione del 'contratto ad oggetto pubblico' in quanto inerente al potere autoritativo), se si accetta l'insegnamento secondo cui la discrezionalità (come giudizio pratico) discende da una comparazione e ponderazione quali-quantitativa degli interessi (pubblici e privati) immanenti in un dato contesto sociale[36]; alla luce di quanto esposto sul piano metodologico, non per questo può aderirsi pedissequamente alla sintesi che di seguito prospetta l'identificazione dell'apprezzamento discrezionale (come attività intellettiva antecedente al momento di formulazione definitiva della volontà[37]) con una fissazione del rilievo dell'interesse essenziale (o primario) "in più o in meno" rispetto a quelli secondari[38]. Infatti, se, in un dato contesto storico, gli interessi concorrenti o contrastanti debbono considerarsi tali, sia che facciano capo a singoli od a gruppi, sia che risultino riferibili all'intera comunità (od appaiano obiettivi, entità incommensurabili); è intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[39].

Tale concezione presenta il pregio di adattarsi a qualunque contesto "strutturale" in cui s'inseriscono i "fatti" dai quali dipende il giudizio subiettivo. Dunque, proprio sul versante di un aggiornamento epistemologico all'insegna del "circolo ermeneutico", esteso (dal dilemma delle "anticipazioni di senso") ai meccanismi che sovrintendono alla comprensione-applicazione delle disposizioni normative, occorrerà sopperire ai limiti che ancora denuncia una parte almeno dei "formanti" del diritto amministrativo, emblematicamente rifacendosi ad una concezione: della legittimazione del potere, sbilanciata a favore del momento soggettivo; nonché, del vizio di *eccesso di potere*, secondo scansioni dettate da "situazioni sintomatiche". Laddove, in ambiti di disciplina improntati ad un criterio di tipo "consequenzialista", si perviene ad un esito di giustizia solo se risulta "corretto" il rapporto: fra criteri di legittimazione, a vantaggio di quello oggettivo; fra sindacati, la funzione di quello di legittimità venendo assunta da quello di merito (inteso quale effettivo soddisfacimento dell'interesse – pubblico –)[40].

Quanto al primo profilo, con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli "interessati"[41]. Quanto al secondo: all'occorrenza imponendo di procedere, sul

[36] M.S. GIANNINI, *Potere discrezionale*…, p. 74.

[37] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 72-73.

[38] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 76-79.

[39] LEVI, *L'attività conoscitiva*…, p. 220 s., segn. pp. 226-227.

[40] LEVI, *L'attività conoscitiva*…, p. 551 s. Per un confronto può rinviarsi ad alcune connessioni in G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVI, 1976, p. 130 s., segn. p. 139.

[41] LEVI, *L'attività conoscitiva...*, pp. 227-228: «A nostro avviso, alla pura conoscenza segue una fase assai più complessa: questa si sostanzia dapprima nel determinare in astratto, nel quadro delle decisioni tra cui la legge consente all'amministrazione di scegliere, le varie soluzioni che soddisferebbero i singoli interessi; quindi -

piano amministrativo, ad un riesame, ferma restando (comunque) la previsione di adeguate ed effettive forme di responsabilità[42]; sul versante decisional-giudiziale, estendendovi l'annullamento anche nell'ipotesi in cui si verifichi che è stata ingiustificatamente disattesa una soluzione più soddisfacente (pur quando quella adottata sia risultata ragionevole) rispetto al problema giuridico; salvo il limite di un sacrificio "oltremisura" dell'interesse del privato.

Dal "sistema logico" alla "logica (della differenziazione) sistemica". Il "tipo normativo di problema" come paradigma correlato a quel novum

Così giunti, il discorso dogmatico-epistemologico va completato con alcuni cenni di teoria dei sistemi nonché, relativi al paradigma cognitivo (funzional-problematico) ad essa correlato.

L'autonomia (sensata) che lo contraddistingue, comporta che il sistema giuridico, per poter apprestare (all'insegna dell'ordine) proprie soluzioni alla (crescente) complessità della fenomenologia di riferimento, storicamente applichi a quest'ultima (*rectius*, sottoponga le sue strutture a) meccanismi selettivi in grado di ridurla a problemi riconoscibili dal medesimo. Accade, cioè, che operi quella che, dalla teoria generale dei sistemi, è indicata come "strategia di trasposizione del problema"[43]. La struttura formale (generale ed astratta) dei propri enunciati, pur rendendo i sistemi giuridici moderni cognitivamente aperti all'"esteriorità", ne comporta una altrettanto rigida chiusura normativa, l'integrale auto-referenzialità[44].

Da qui, la rappresentazione del rapporto tra sistema giuridico e pertinente fenomenologia in termini di *inputs* ed *outputs*: tuttavia, essendo, il primo, operativamente chiuso, non riceve impulsi che direttamente producono sue operazioni, né invia risposte che direttamente intervengono sul contesto esterno, modificandolo. Pertanto, il sistema giuridico deve «*mettersi in condizioni di osservare in sé stesso codesto proprio* [contesto] *(= l'altro sistema) e deve stabilire con esso rapporti di accoppiamento strutturale, cioè deve realizzare con esso una coordinazione tale per cui le interazioni reciproche avvengano in modo che gli eventi dell'uno si limitino a indurre, a "innescare" nell'altro sue selezioni di eventi suoi propri, si diano semplicemente come suoi*

---

bisogna sottolineare questo punto troppo spesso trascurato- nello stabilire le conseguenze, volute o no, che le diverse soluzioni potrebbero produrre sul piano della realtà storica. Questo, e non di più, può essere il compito della riflessione critica sui dati conosciuti, alla quale spetta dunque solo di prospettare le alternative possibili (nell'ambito della legge) ed i loro effetti pratici: la scelta tra di esse è opera successiva della volontà».

Sul ruolo della scienza nel far convergere "legge" ed "azione", nonché sull'apporto del "razionalismo critico" in ordine al problema della "calcolabilità" delle conseguenze, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo*…, parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

[42] AZZARITI, *Dalla discrezionalità*…, pp. 357-359.

[43] Secondo N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, tr. it. Milano, 1983, l'esterna complessità del mondo viene tradotta nella complessità interna del sistema, ridefinendo i problemi secondo le strutture di quest'ultimo, e rendendoli risolvibili secondo i fattori (punti di vista) suoi propri. Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto*…, p. 148.

[44] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 148-149.

ISSN 2036-7821

presupposti di proprie operazioni»[45]. In altri termini, nella società moderna il diritto si costituisce come "autorità epistemica": «*crea "ricostruzioni", modelli della realtà, che proprio per essere autonomi e artificiali non sono falsificabili attraverso le conoscenze ed i linguaggi degli altri sistemi*»[46].

Peraltro, la "chiusura autopoietica" di quel sistema particolare non è incompatibile con la possibilità di un discorso scientifico sulla funzione del diritto, sulle *rationes* e sugli scopi dei diversi modelli giuridici e delle singole strutture normative. Così, si può cominciare con l'osservare che, se tra il sistema (del diritto) ed il contesto, si riscontra una distinzione (cioè una separazione, "la differenza di una parte dal tutto che si dava prima dell'introduzione della distinzione"), è pur vero che quest'ultima implica il determinarsi di ciascuno dei suoi, due termini per relazione con l'altro. «*La nozione di funzione designa, appunto, le relazioni che (secondo i … dispositivi dell'accoppiamento strutturale e del presupposto) si rivelano da codesto "dominio esterno", dal quale il sistema è riguardato come parte di un'"entità che lo include" …*

Funzioni e scopi rimangono, allora, estranei al funzionamento del diritto, ma solo nel senso che rimangono estranei ai suoi processi operativi interni, e cioè che non generano direttamente alcuno dei fenomeni che si producono all'interno del sistema giuridico … Funzioni e scopi, invece, non sono affatto estranei al modo nel quale il sistema, istituendosi ha contestualmente organizzato i propri componenti strutturali e le proprie operazioni, e cioè al modo in cui ha deciso di riprodurre al suo interno il proprio [contesto] *di riferimento ed al modo in cui ha deciso di riferire al modello così appositamente creatosi le proprie distinzioni*»[47].

«*Il progetto, dunque, non è una modalità operativa del sistema giuridico, ma la ragione per cui esso presenta una modalità operativa piuttosto che un'altra. Le nozioni di funzione, scopo, ecc. non hanno, perciò, un valore descrittivo delle operazioni del sistema giuridico, ma hanno certamente un valore esplicativo del perché esso dia luogo a certe operazioni e non ad altre.* Il

[45] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 111-113.

[46] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 115.

[47] In questi termini puntualizza (sia pur entro i limiti dello schema normativo di tipo ipotetico-casuistico) M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*: «…Il diritto opera, sì, come una "macchina" (o sistema), e come una "macchina" esso stabilisce solo relazioni tra i suoi componenti e regole dei suoi processi, che, in linea di massima, producono le loro fenomenologie (per così dire) "meccanicamente", e cioè senza che fini e scopi intervengano operativamente come componenti distinti e regole autonome della loro produzione. Il che equivale a dire, grossomodo, che il diritto moderno si dà come "programmazione di mezzi" e non come "programmazione di scopo"…: l'apprezzamento normativo dei c.d. fatti giuridici ed i c.d. effetti giuridici che ad essi si fanno conseguire non appaiono rimessi al, e misurati dal, conseguimento di un risultato normativamente definito …; al contrario, i c.d. effetti giuridici si presentano come predefiniti e la loro produzione appare "meccanicamente" dipendente dal verificarsi di fatti giuridici altrettanto predefiniti dedotti come loro condizioni necessarie e sufficienti secondo lo schema ipotetico "se, allora", quali che siano i risultati che in tal modo si avranno … Ma, come il modo in cui è congegnata una "macchina" (che, in quanto "macchina", funziona sempre "meccanicamente") non è indipendente dai suoi compiti, così il modo nel quale il sistema giuridico, istituendosi come "macchina", conforma i suoi componenti, stabilisce le loro reciproche relazioni e determina le regole dei propri processi non è indipendente da un senso, da un progetto, che perciò non entra nella "macchina" come suo dispositivo distinto ma che dà conto del perché la "macchina" presenti certi dispositivi e non altri …».

ISSN 2036-7821

"perché" non è anche un "come", ma giova a capire il "come". *E dunque giova alla stessa "macchina" per lubrificarne i dispositivi ed assicurarle un funzionamento corretto.*
Il "dominio del discorso", a partire dal quale il sistema giuridico può essere visto e descritto nel contesto che lo include, è il campo di osservazione della scienza giuridica, alla quale dunque si dà come compito quello di mostrare il "perché" del "come", e perciò di descrivere il sistema giuridico secondo concetti e logiche che ne mostrino la reciproca implicazione.
Il diritto, dunque, "reinventa" il mondo esterno, giustappone alla realtà modelli giuridici della realtà strutturati come problemi, *cui corrispondono altrettanti rimedi che li risolvono. E ciò fa non arbitrariamente, ma secondo un'interpretazione, un progetto, che si dà come suo senso epocale senza tuttavia comprometterne la chiusura operativa.*
Il paradigma del tipo normativo di problema *intende, appunto, esprimere scientificamente questi modi specifici nei quali la generale strategia sistemica della "trasposizione" opera nell'ambito giuridico.*
Definendo le fattispecie normative in termini di tipo normativo di problema *si condensa il profilo formale dell'astrazione normativa (= l'aspetto "estensionale" della fattispecie ed il paradigma "sommativo" che gli corrisponde …) con il profilo funzionale della "trasposizione" (= l'aspetto "intensionale" della fattispecie e il paradigma "proporzionale" che gli corrisponde …) che essa è destinata ad operare e si coglie, perciò, in termini scientifici la connessione specifica tra fattispecie astratte e* ratio *della tipizzazione normativa.*
Incorporando integralmente il processo di trasposizione dei problemi dall'ambito sociale all'ambito giuridico, una siffatta ridefinizione delle fattispecie normative e dei concetti giuridici supera la rigidità delle fattispecie legali, ma senza indebitamente vincolarle ad "essenze universali" più o meno bene dissimulate, né a fragili e contingenti eziologie materiali e/o culturali. Al "fatto astratto" rappresentato come concetto sostantivo essa sostituisce il tipo di problema *secondo il quale la* norma *ha compreso e inteso trattare un ambito sociale di conflitti e perciò sostituisce scientificamente alla tradizionale sussunzione del caso sotto il concetto, dell'"individuo" sotto un'essenza, un procedimento di riconduzione del conflitto concreto al* tipo normativo di problema»[48].

Interrogativi connessi. Implicazioni operative
L'inclusione di una strategia della trasposizione, nella teoria del diritto moderno come sistema "cognitivamente aperto ma normativamente chiuso", ne condiziona profondamente il paradigma, sovvertendo gli interrogativi al medesimo rivolti dal giurista nell'occuparsi del problema concreto. Accade così che: al quesito di matrice essenzialistico-metafisica (*cos'è*?), che allude «*ad un'essenza che è tale in ogni campo e ad una logica secondo la quale ogni entità ha da dare una sola risposta quale che sia il punto di vista dal quale la si interroghi*»[49]; si sostituiscano nuove domande (*di che parla*? *come lo ha visto*?).

[48] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 116-119.
[49] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 119 s.

ISSN 2036-7821

Nell'ottica del nuovo paradigma, alla prima coppia di domande, se ne fa seguire un'altra: *come lo ha organizzato*? *come in conseguenza ne ha riarticolato i problemi*? Interrogativi tesi a focalizzare la struttura che il sistema giuridico ha conferito al modello di realtà che, in base al suo punto di vista, si è dato.

«*Tale operazione, dunque, mette in evidenza la logica che presiede alla organizzazione del modello giuridico e risponde al primo dei due summenzionati interrogativi. Ma dà ingresso anche al secondo, poiché la comprensione della logica organizzativa racchiusa nella costruzione di un modello giuridico o di una fattispecie normativa vale a determinare il modo nel quale i componenti … di tali modelli e fattispecie si strutturano in rapporto alla collocazione che essi ricevono nel loro (= di modelli e fattispecie) ordine sequenziale ed al compito che in siffatto ordine sono deputati ad assolvere. Codesti componenti, infatti, si danno non più, come nell'ordine essenzialistico e "sommativo", quali* elementi *strutturati* a priori *bensì come* strumenti *la cui struttura e le cui operazioni si determinano in funzione dell'organizzazione in cui vengono di volta in volta inseriti e della "veduta" in essa incorporata. Sicché si deve parlare di un passaggio, che la comprensione del diritto come sistema epistemico esige, dalla* fattispecie sommativa *alla* fattispecie organizzativa»[50].

Possibilità di qualificazioni multiple dei fatti

Soffermandosi sulle opportunità di comprensione e controllo dei processi applicativi, la nuova "concezione organizzativa" della norma ne offre di significative, innanzitutto aprendo in favore di "qualificazioni multiple" dei fatti, come forma ordinaria del rapporto "diritto/realtà". Se, infatti, si ammette che un medesimo fenomeno possa rilevare, per il diritto, secondo distinti punti di vista (dando luogo, pertanto, a "vedute" diverse del sistema giuridico), deve concludersi che l'identità del primo possa "disarticolarsi" in funzione della pluralità dei problemi che suscita e delle norme che, per conseguenza, interpella[51].

Si assiste così (per limitarsi al solo orizzonte normativo che tradizionalmente ha catalizzato l'attenzione) ad una ricomprensione delle "fattispecie", per cui il paradigma del "tipo (normativo) di problema" le fa rappresentare, «*non più come una semplice somma di "eventi" descritti in astratto ed assunti a condizione ipotetica di una conseguenza giuridica…, bensì come la prospettazione che il sistema si fa di problemi del mondo, di domande provenienti dal suo [contesto], cui offre, con le sue conseguenze giuridiche, proprie autonome risposte. A reggere ciascuna conseguenza giuridica non è, perciò, tanto (l'accadere di) una data entità quanto (il prospettarsi di) un certo problema: le c.d. fattispecie concrete si presentano al diritto non come specie da ricondurre ad un genere ma come interroganti mossi da disagi. Ma ciò fa sì che, mentre una specie può essere ricondotta ad un solo genere, viceversa, un medesimo interrogante può rivolgere, di volta in volta o anche contemporaneamente, domande diverse e ricevere, sempre di volta in volta o*

[50] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 121-123.
[51] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 126-127.

ISSN 2036-7821

contestualmente, risposte diverse, se differenti sono i disagi che prospetta (o – il che è lo stesso – se la diagnosi che il sistema fa dei disagi prospettatigli li fa ricondurre a tipologie diversificate che richiedono ciascuna una differente terapia).
Dunque, una medesima fattispecie concreta può ricevere risposte diverse, cioè può vedersi conferite qualificazioni giuridiche differenti, a seconda dell'interrogazione che prospetta al sistema giuridico. Ovvero, per dirla con maggior precisione, a seconda della domanda che un medesimo fenomeno di volta in volta pone, cambia il suo "accoppiamento strutturale" con le componenti del sistema giuridico»[52].

L'interrogativo essenzialistico, come esclude che un medesimo fatto o comportamento possano ricevere qualificazioni giuridiche diverse, così non ammette che un *corpus* normativo sistematizzato in una disciplina "nominata" possa ricevere applicazioni parziali (cioè, tali da disgiungere l'una regola dalle altre che la compongono). Quest'ultima forma d'inscindibilità è, infatti, insita nella logica (deduttiva) dell'essenza, per cui ogni determinazione si dà solo come necessaria inferenza da un'idea generale(-universale) che giustifica la sua inclusione nell'aggregato normativo.
Laddove, lo studio del diritto, quale struttura tecnico-funzionale e secondo la logica dei sistemi complessi, apre in favore di un generale intervento "decostruttivo degli aggregati normativi", ad un tempo sottoponendolo a "misura"[53].

Implicazioni di una ridisegnata strategia organizzazionale, in punto di comprensione della categoria del contratto
Venendo ad una sorta di traslazione specialistica del discorso generale nanti articolato, valga di attingere alla dottrina cui si deve il più soddisfacente tentativo di superamento del paradosso di teoria della conoscenza da cui ha preso le mosse l'idea di un "doppio (metafisico)" del diritto positivo.
Se (anche) il sistema giuridico è la risultante delle interazioni che si determinano fra le parti (regole) di cui si compone; per quanto riferito, le prime scaturiscono dalle determinazioni e dai vincoli propri di ciascuna delle altre[54]. Così, innescando interrelazioni che, stabilizzandosi, danno luogo all'organizzazione delle regole medesime (secondo moduli diversi: connessione "per materia", comunicazione informazionale, gerarchizzazione deduttiva, combinazione).
«*Segnatamente, tali interrelazioni stabilizzate dispongono le regole secondo moduli organizzazionali diversi… Tutte, in ogni caso, rappresentano organizzazioni delle differenze, giacché stabiliscono relazioni di complementarità, specializzazione e competenza. Ma, proprio in quanto organizzazione delle differenze, ogni organizzazione presuppone anche una elevata*

[52] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 127-128.
[53] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 132 s.
[54] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 167.

ISSN 2036-7821

possibilità di antagonismi delle diverse regole e dei differenti principi regolativi che esse regolano e produce ulteriore e più sofisticata complementarità…
In ragione di ciò, le interrelazioni prodotte dall'organizzazione delle regole giuridiche producono a loro volta "emergenze" e "servitù". La complementarità, secondo cui viene disinnescato il potenziale antiorganizzazionale di un antagonismo, implica, infatti, un'ultrattività di talune regole (e dei relativi principi), che esse isolatamente considerate non avevano, e/o la parziale virtualizzazione di altre regole (e dei relativi principi), che, allo stesso modo, esse, isolatamente considerate non presentavano. Ciascuna regola, quindi, per effetto dell'interrelazione organizzativa in cui si dispone con altre regole, vede parzialmente potenziato o parzialmente virtualizzato il proprio senso originario…»[55].
Dunque, «*…l'identità del sistema giuridico dipende* [non da qualche "proprietà" di regole e principi regolativi, in cui si manifesti la loro "natura" intrinseca, la loro appartenenza come frammento ad un universo concluso che nel sistema positivo semplicemente si ricompone, bensì] *dal materiale regolativo che nella sua "scatola" vien posto e dalle sue specifiche composizioni. Sicché sono la selezione e la composizione di tale materiale che determinano il senso delle regole, e non viceversa.*
Questo passaggio va sottolineato, poiché rappresenta uno dei luoghi ove si mostra con maggiore efficacia la combinazione tra la radicale artificialità del diritto moderno e del senso che gli è proprio e l'oggettività tecnica che nella stessa misura lo connota e che si esprime, anche, nella logica sistematica…
Un esempio, sebbene necessariamente semplificato al limite della banalità, può essere utile a questo scopo. Si consideri il principio regolativo dell'accordo: esso assume un senso diverso a seconda degli altri principi regolativi che, insieme ad esso, vengono immessi nella "scatola" del diritto; se in essa si ritroverà insieme al principio regolativo degli status, *il senso eminente, che esso assumerà, sarà quello di strumento di organizzazione della gerarchia feudale e dei relativi rapporti di reciproca fedeltà (oltre che il senso secondario di veicolo per lo scambio delle eccedenze); se, invece, in essa si ritroverà insieme al principio di eguaglianza…, il senso eminente, che esso assumerà, sarà quello, esattamente contrario, di mediatore universale delle relazioni sociali; a sua volta, codesto senso nucleare, originato da questa prima selezione e composizione di principi regolativi, riceverà ulteriori determinazioni dalle altre (sotto-)regole (consensualismo, ecc.), che potranno essere ulteriormente immesse nella*

[55] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 167-169: «La trasformazione che le parti subiscono per effetto di tali interrelazioni organizzative determina l'irriducibilità del tutto alle sue parti, e viceversa:
(*i*) il sistema giuridico è più della somma delle regole che lo compongono, poiché per effetto delle "emergenze" l'attività di talune regole si presenta come esuberante rispetto a quella che ad esse si sarebbe assegnata, considerandole isolatamente;
(*ii*) il sistema giuridico è meno della somma delle regole che lo compongono, poiché per effetto delle "servitù" l'attività di talune sue regole si presenta in parte virtualizzata rispetto a quella che ad esse si sarebbe assegnata, considerandole isolatamente;
(*iii*) il sistema giuridico è, dunque, contemporaneamente più e meno della somma delle regole che lo compongono, giacché il suo senso regolativo complessivo è, al tempo stesso, esuberante e ridotto rispetto alla somma dei principi regolativi portati da ciascuna delle sue regole».

ISSN 2036-7821

"scatola"; ecc.»[56].

Ebbene, su questa stessa falsariga, se (nella "scatola" del diritto) il principio regolativo dell'accordo (assunto in termini di *pacta sunt servanda*) si ritroverà insieme ai principi, oltre che di eguaglianza, di perseguimento dell'interesse pubblico, il senso del modulo convenzionale non potrà non assumere una connotazione identitaria: in corrispondenza della quale sarà giustificabile certa alterazione (altrimenti oltremisura) non solo dell'equilibrio intrinseco al rapporto scaturente (sinallagma), ma anche di regimentazione del diritto soggettivo che parimenti ne discende (*rectius*, della sua 'disponibilità').
Per meglio esprimersi (coerentemente coi canoni epistemologici nanti dichiarati): non potrà (aprioristicamente) escludersi, per via di 'complementarizzazione-confinazione' dei principi di riferimento, un *proprium* funzional-sistematico del concetto di 'contratto ad oggetto pubblico' (così emancipandolo dalle precomprensioni di un ordine 'identitario'); salvo l'onere di apparecchiare gli ulteriori strumenti, stavolta sul piano dogmatico, onde conferire a quell''istituto' (in quanto espressione del circolo ermeneutico che s'instaura tra il dato 'positivo' ed il fatto): l'associazione con un determinato 'tipo normativo di problema' e, da lì ('in positivo') legittimazione sistemica, con quella qualificazione *ad hoc*, anche ad un assetto giuridico parcellizzato rispetto al *genus* di riferimento (archetipo).

4.1. 'Rivisitazione' dogmatica dei tradizionali istituti di riferimento. Dalla legittimazione del potere (per via delle sue dinamiche) a quella dell'interesse pubblico in rapporto all'interesse legittimo.

Così giunti, si tratta dunque di operare una 'ritessitura' del discorso epistemologico, testé accennato, con quello dogmatico-applicativo.
All'uopo, valga di muovere dagli sviluppi tradizionalmente impressi, in seno alla giurisprudenza teorica, circa la riconducibilità (dell'esercizio) del potere pubblico, autoritativo, entro moduli consensuali[57]; dal momento che si tratta, preliminarmente, di verificare a cosa pertenga l''oggetto pubblicistico' della *species* di accordi in esame.
Gli uni esprimono un profondo scetticismo, affidando il proprio responso ad una rigorosa costruzione sistematica poggiante su precisi dati concettuali: la discrezionalità (del provvedimento) appartiene al mondo della necessità giuridica (doverosità); all'autonomia negoziale (del contratto), invece, inerisce un

[56] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 169-170.
[57] Per il momento, s'insiste con l'inquadramento originario del problema (di cui la presente versione corrisponde al *recto* -od al *verso*-, speculare rispetto a quella di chi s'interroga sulla riconducibilità, al diritto pubblico, dei relativi rapporti obbligatori / amministrativi), dato che un confronto di pari intensità non risulta avere coinvolto (specie nei "lavori preparatori" della c.d. legge sul procedimento amministrativo) tesi alternative.

ISSN 2036-7821

insopprimibile momento di libertà; la prima in insanabile contrasto con la seconda[58]. Per poi vedersi obiettare la debolezza e l'anacronismo delle premesse, stanti: l'inscindibilità "concettuale e giuridica", della "fattispecie complessa", in due elementi (provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato), separati ed autonomi quanto alla produzione dei rispettivi effetti; le progressive "problematizzazioni" che hanno investito (lungo il versante privatistico) la nozione di contratto e (nella pubblicistica) le concezioni dell'interesse pubblico e del provvedimento[59]. Senza trascurare, peraltro, che se il tipo di composizione degli interessi proprio dell'esercizio dell'autonomia contrattuale non è consentito all'amministrazione nell'esercizio di funzioni pubblicistiche (ove il provvedimento sancisce la prevalenza dell'interesse pubblico su quelli privati con esso confliggenti), non sarebbe dato di comprendere come la "parte" pubblica possa agire mediante una libera auto-regolamentazione dei "propri" interessi nella c.d. attività amministrativa di diritto privato[60]. Si rinverrebbe, infatti, nei principi costituzionali della forma di Stato pluriclasse, quel nuovo "statuto" del potere pubblico che avrebbe segnato il declino di una concezione neutra della funzione amministrativa[61], onde imprimere un preciso senso all'idea dell'immanenza del vincolo a perseguire scopi obiettivati dalla regola, nella relativa attività: perciò unitaria (se non "indifferenziata"), quali che siano i singoli atti che la compongono[62]. Ragion per cui, si registrerebbe un generale cedimento delle formule tradizionali: l'autonomia distinta in "potere" e "posizione", il regime dell'atto distinto da quello dell'attività, la *fictio* delle costruzioni "a doppio grado" ogniqualvolta si tratti di dar conto di fattispecie in cui sia individuabile solo un atto bilaterale e non anche un provvedimento.

Gli altri, sul presupposto della nuova idea di "funzionalità" testé menzionata,

[58] LEDDA, *Il problema…* Nei suoi ultimi scritti, l'a. non esclude l'ipotesi che i modelli convenzionali di cui all'art. 11 cit., L. n. 241/1990, possano trovare forma concreta (sia pur a prezzo di qualche forzatura del dato attuale di diritto positivo), tacendo sugli "accorgimenti" all'uopo necessari, ma lasciando intendere (con un discorso di più ampio respiro) che la strada da percorrere non è quella di uno stravolgimento dell'assetto sistematico (*Dell'autorità…*, I, p. 1296).

[59] Significative le riflessioni che si rinvengono in BERTI, *Il principio contrattuale…*, p. 55: «Lasciando intatti i presupposti della dogmatica tradizionale, non si arriverebbe mai a concepire una contrattualità amministrativa, giacché non si disporrebbe degli strumenti di linguaggio o di conoscenza adatti a questo fine». In sintonia, G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in *Atti del convegno di Messina-Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, p. 84: «per poter "capire" l'accordo …è necessario …presumibilmente abbandonare l'implicito postulato dell'identificazione tra amministrazione e provvedimento».

[60] Cfr. nnss. parr. 3.5. e 3.10.1. Recentemente ribadisce tale obiezione CIVITARESE, *Contributo…*, pp. 64 e 69 s. Che il rilievo (per il tramite della "legalità") del vincolo a perseguire l'interesse pubblico sia normalmente riscontrabile in tutti gli "accordi" dell'amministrazione, è sostenuto anche da MAVIGLIA, *Accordi…*, pp. 78, 80-82, 85, 112-114, 134-137.

[61] Relativamente alla quale può rinviarsi a nnss. nntt. 106 s. del cap. II, nonché a nnss. parr. 3.1., 3.9.1., 3.9.2.

[62] MARZUOLI, *Principio…*, pp. 115 s., 143 s.; SORACE - MARZUOLI, *Concessioni amministrative…*, p. 280; per entrambi può rinviarsi al ns. par. 3.9.2.

Anticipazioni significative di quell'idea si rinvengono in F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, II, p. 1469.

ISSN 2036-7821

nonché del superamento di una concezione d'interesse pubblico, quale astratto, precostituito[63], contestano la tesi secondo la quale l'attività amministrativa sia necessariamente legata ad un termine (foss'anche medio) di natura provvedimentale (imperativa e/o unilaterale); oltretutto ingegnandosi di fronteggiare i problemi posti dalle relative "complessità organizzazionali", mediante criteri selettivi, idonei ad integrarli nel sistema giuridico[64]. Salvi gli appunti critici: innanzitutto quello per cui (stante l'ambivalenza dello statuto costituzionale dell'amministrazione[65], e l'altrettanto opinabile accezione di "giusto procedimento" che implica la sostituzione dei canoni interpretativi propri del giurista con le valutazioni più di spettanza degli scienziati dell'amministrazione) sarebbe frutto d'ideologia, eppertanto si tradurrebbe in arbitrio, l'associare i moduli consensuali in oggetto ad una configurazione "comunitaria" degli interessi in causa[66]. Perdipiù, al ridimensionamento dell'area della tipicità corrisponderebbe il rischio d'indebolire il principio di riserva, imponendo al cittadino, mediante l'accordo, prestazioni non previste dalla legge[67].

---

[63] NIGRO, *Convenzioni urbanistiche…*, (per cui cfr. P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2007, par. 3.7.).

[64] FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche…* (per cui può rinviarsi a P. COTZA, *op. ult. cit.*, par. 3.9.1.); STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale…*

Ciascuna regola giuridica è chiamata a risolvere un problema dell'ambiente conformemente ad una *ratio*. Pertanto, quella consta di un principio regolativo e di un criterio selettivo ("fattispecie") volto a sottoporre al primo il problema ambientale affrontato. Sul punto M. BARCELLONA, *Diritto…*, p. 167, cit. in ns. nt. 67a del cap. IV. Sui meccanismi che sovrintendono all'ermeneutica dogmatica, cfr. ns. par. 1.5.

[65]Chiaramente ravvisabile nel dibattito dottrinale. Così, secondo G. BERTI, *La responsabilità pubblica…*, p. 397: «il fatto che la Costituzione non identifichi l'amministrazione ha …un significato preciso, e cioè che la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello stato e che ha, al contrario, inteso che l'amministrazione dovesse vedersi collegata immediatamente con la società, come un insieme di regole e di strutture non paragonabili a quelle affini alla politica …L'amministrazione insomma appare come una forma della società e non come un'immagine dello stato».

Per contro, G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, p. 89 s. (segn. p. 97 s.), è dell'avviso che la Costituzione, assumendo la logica della *difesa* (dall'organizzazione) cui corrisponde il sistema delle garanzie per il cittadino, abbia perpetrato un'idea degli apparati amministrativi non "calibrati" sulla società civile, bensì riguardati da un'ottica di reciproca distanza. Per una valutazione dell'imparzialità non come elemento di possibile raccordo fra gli apparati e la società civile, ma come punto di ri-equilibrio (interno alla logica della separatezza) rispetto all'opposta costruzione dell'amministrazione in quanto "servente" il governo: S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, p. 58.

[66]Dunque, una rappresentazione ambigua e velleitaria, che trascura il conflitto d'interessi in cui si rispecchiano le diversità dei bisogni, la diseguale distribuzione dei beni e servizi, la strumentale funzione dei rapporti obbligatori rispetto agli interessi realizzati col sacrificio della prestazione e l'aspettativa "creditoria".

D'altronde, lo stesso principio di correttezza (art. 1175 c.c.) non può essere ricondotto alla solidarietà di cui all'art. 2 Cost.; mentre, per dargli una dimensione più concreta del mero "riferimento ai valori medi dell'apprezzamento comune" (sul modello della diligenza di cui all'art. 1176 c.c.), si può rapportare al criterio dell'affidamento, nel senso che ciascuna parte deve quel che l'altra è in concreto giustificata ad attendersi (P. RESCIGNO, *Introduzione* a *Obbligazioni e contratti* -a cura di P. Rescigno-, vol. IX, Torino, 1999, pp. VII-VIII; conformemente, *ivi*, C. A. CANNATA, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 43 s.).

[67] LEDDA, *Il problema…* (cfr. ns. par. 3.3.). M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 18 s., pone in luce che: mentre i momenti caratteristici del concetto di attività si riscontrano tanto nella privatistica che nell'amministrativa; sono invece distinti i principi che ne disciplinano le

relazioni, e secondo i quali gli stessi interagiscono. In particolare, nell'attività amministrativa, la rigidità del rapporto tra elementi, strumentale e teleologico, è sancita dal principio di (tipicità, espressione di quello di) legalità-garanzia, per cui ciascuno dei fini perseguibili, che sono esclusivamente quelli previsti dalla legge come concretizzazione e specificazione dell'interesse pubblico generale, trova la propria realizzazione solo mediante lo strumento prefissato dall'ordinamento. D'altro canto, quella stessa rigidità, quanto al rapporto tra elementi, soggettivo e finalistico, è imposta dal principio di legalità-indirizzo, per cui i fini assegnati a ciascun soggetto pubblico esistono e non cambiano, indipendentemente dagli strumenti adottati per la loro realizzazione: logica conseguenza della considerazione secondo la quale il fine pre-esiste al mezzo.

Peraltro, quel discorso, così lineare quando gli elementi delle attività, privatistica e pubblicistica, non si combinano, vacilla ogniqualvolta ci si soffermi sul ricorso a strumenti privatistici da parte di soggetti pubblici: in particolare, ponendosi il problema se il principio di tipicità possa dirsi operante anche quando i fini vengano perseguiti mediante strumenti del "diritto comune" che, pure, non sono né tipici né nominati. L'a., a tal punto, fa leva sul principio di legalità-indirizzo per definire "funzionalizzata" (*id est*, vincolata nel fine) l'attività amministrativa: in altri termini, se il fine, prima che allo strumento, pre-esiste alla stessa creazione dell'ente (cui il suo perseguimento verrà assegnato per compito), è ininfluente la natura dell'atto nei riguardi dell'operatività del rapporto funzionale. Al punto da condizionare la validità dello strumento adottato: sarà viziato sotto il profilo della legittimità (presumibilmente per eccesso di potere) il provvedimento che interrompa siffatta corrispondenza; il destino del contratto che non la rispetti sarà, invece, la nullità assoluta. «Potrebbe forse dirsi che proprio qui sta il *minimum* pubblicistico intangibile, inattaccabile; l'area pubblicistica impermeabile alla contaminazione privatistica.

Il tutto, non con riferimento all'interesse pubblico generale, bensì avuto riguardo ai fini concretamente affidati ad ogni individuato soggetto pubblico» (*ivi*, pp. 44-45, 86 s.).

Il punto è che (anche a voler completare il concetto di "funzionalizzazione" con quello di "vincolo di scopo" allargato: secondo il quale, alle norme giuridiche spetterebbe di disegnare le "maglie larghe" del principio di legalità-indirizzo; al "vincolo", cioè agli atti amministrativi d'indirizzo, la funzione di stringerle), termine di riferimento, sul versante privatistico, è il contratto come sancito dal codice civile, cioè quale struttura che non può tollerare "quell'aprioristica e inevitabile sovraordinazione dell'interesse pubblico a quello del contraente privato" che è propria del provvedimento (*ivi*, pp. 56-57). Per cui, l'atipicità del contratto (art. 1322 c.c.), operando su di un piano (dell'autonomia) distinto rispetto a quello dell'atto amministrativo (della garanzia), di per sé non può porsi in contrasto con la "funzionalizzazione" dell'azione dell'ente pubblico (*ivi*, p. 79 s.): «…la funzionalizzazione costituisce il fondamento dell'atipicità contrattuale amministrativa. Essa assume, insieme con la funzione di indirizzo del principio di legalità, anche quella di garanzia, consentendo all'amministrazione di porre in essere negozi non tipizzati. Il mezzo che rende possibile l'operazione è il giudizio sulla meritevolezza degli interessi che l'articolo 1322 del codice civile richiede per la valutazione della liceità di ogni contratto atipico [ma cfr. le divergenti valutazioni richiamate in ns. par. 2.5.3.].

La legalità-indirizzo, dunque, si esprime attraverso la compatibilità tra l'oggetto del contratto e gli scopi che la legge impone all'ente di perseguire. La funzione di garanzia è invece assicurata dalla verifica della corrispondenza tra la causa del negozio atipico e gli scopi stessi. Verifica che, se dovesse dare esito negativo, renderebbe illecito il negozio perché diretto a perseguire interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (*ivi*, pp. 104-105).

Si è sostenuto, a proposito dell'atipicità dei contratti di diritto pubblico, che, in quanto afferente al rapporto fra elementi, strumentale e teleologico, comporterebbe un ridimensionamento (se non il dissolversi) della tipicità degli atti amministrativi, quale principio generale non scritto dell'ordinamento (*ivi*, pp. 84, 102 s.). Tale teoria (ultimamente rinvenibile in G. SALA, *Potere amministrativo…*, p. 230 s., nonché in S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, p. 108 s.) «rappresenta, con riferimento all'attività *stricto sensu* amministrativa ciò che la teoria del vincolo di scopo …ha rappresentato con riguardo all'attività amministrativa per contratti. Il tentativo è infatti quello di individuare nuovi confini per il principio di legalità, sulla scorta dell'insoddisfazione provata di fronte alla tradizionale concezione che vuole che lo stesso si risolva nel rispetto formale, nel campo dell'attività dell'amministrazione, dei disposti espressi dalla legge» (DUGATO, *Atipicità…*, p. 103). Essa, tuttavia, viene reputata non convincente: «è il suo corollario più importante a destare qualche perplessità. Si sostiene che il concetto di tipicità ed il suo momento di cogenza dovrebbero meglio essere riferiti "al potere più che all'atto: in effetti tipizzato dalla indicazione normativa dei presupposti, dell'oggetto e

Obiezione, quest'ultima, cui non si è mancato di replicare che l'amministrazione «negozia in base al potere che ha (da prima) e la quantità di quel potere non può che ricalcare la misura preventivamente determinata, in via generale e astratta, dalla legge, perché solo la legge (e non altro) *costituisce* (e non semplicemente limita) il

---

degli effetti è il potere prima dell'atto che ne concreta l'esercizio, a sua volta tipico se il contenuto e il procedimento formativo sono compatibili con lo spettro prefigurato dalle disposizioni che tipicizzano il potere".

L'affermazione corre però il rischio di fondarsi su una contraddizione logica. Infatti, da un lato si sostiene che il concetto di tipicità deve essere riferito al potere piuttosto che all'atto che ne consegue; dall'altro però, si ammette espressamente che mentre il potere è di per sé legato al principio di tipicità, solamente eventuale sarebbe la cogenza di quest'ultimo nei confronti dei provvedimenti. Il che pare dubbio. Non convince il fatto che l'elemento derivato possa essere sottratto ad un vincolo che invece necessariamente caratterizza l'elemento presupposto. Non solo: così operando, si arriverebbe ad una sostanziale identificazione (o quanto meno ad un'estesa sovrapposizione) dei principi di legalità e tipicità. Ciò, quando si è qui sostenuto che il secondo rappresenta soltanto una delle manifestazioni del primo (legalità-garanzia), per di più caratteristica …della sola attività amministrativa provvedimentale.

In ultimo, riferire il principio di tipicità al potere in cui il provvedimento trova la propria legittimazione significa necessariamente trasferirlo al provvedimento stesso. Anzi, essendo quest'ultimo la naturale espressione del primo, è proprio su esso che la tipicità opera, al fine di valutarne lo stretto rispetto dell'ambito del potere. È così che la tipicità diventa uno degli indicatori caratteristici della legittimità del provvedimento sotto il profilo dell'esercizio del potere, come il cammino giurisprudenziale dell'ultimo secolo ha mostrato» (DUGATO, *op. ult. cit.*, pp. 103-104).

Conclude il Dugato: posto che il diritto amministrativo è il terreno della discrezionalità (sconosciuta, invece, al diritto privato), come tale incompatibile con l'atipicità (riferita al rapporto tra strumento e fine); posto che il principio di legalità, nella sua funzione di garanzia, segna il confine tra attività contrattuale e provvedimentale; ogniqualvolta, come nella categoria dei contratti di diritto pubblico, l'elemento strumentale si contraddistingua per l'idoneità ad incidere autoritativamente nella sfera giuridica di altri soggetti, devono rivivere le esigenze di garanzia che, con riferimento all'attività provvedimentale canonica, sono soddisfatte dal principio di tipicità (*ivi*, pp. 117-118). Da qui, la riformulazione del vincolo di legittimità quale vincolo di risultato, attraverso una rilettura della legalità alla luce del buon andamento; da qui un graduale arretramento degli strumenti d'imposizione a favore di quelli partecipativi e di negoziazione del contenuto del provvedimento (*ivi*, p. 141 s.).

Da qui, però, la necessità di negare la natura privatistica agli accordi di cui all'art. 11, L. n. 241/1990, giustificata: sia con una aprioristica graduazione, *id est* una strutturale disparità "di diritto" degli interessi dei contraenti; sia con l'assenza della patrimonialità della prestazione dedotta in obbligazione; entrambi gli elementi irriducibili al modello civilistico (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 187 s.). Da qui: la riconduzione del recesso dell'ente pubblico alle "conseguenze tipiche della categoria della revoca amministrativa" (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 172 s.); l'afferenza, direttamente all'accordo, del controllo (di legittimità); pertanto, la qualificazione di quei modelli consensuali, a mò di provvedimenti a forma libera, come tali sottoposti al principio di tipicità (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 181 s.), dato che la loro atipicità si limita al contenuto senza estendersi all'aspetto eziologico «che resterebbe quello tipico del provvedimento sostituito (o del provvedimento con cui si conclude il procedimento). In tal modo, se in effetti attraverso gli accordi un qualche elemento di atipicità è penetrato nell'attività *stricto sensu* amministrativa, è però vero che da ciò non si può affermare che l'atipicità in senso generale ha invaso il campo dell'azione provvedimentale, dal momento che il momento causale è rimasto, anche con riferimento agli accordi, del tutto soggetto al canone della tipicità. In quest'ultimo senso, invertendo la prospettiva, si potrebbe dire che attraverso il provvedimento la tipicità (appunto quella del momento eziologico) si è trasfusa negli accordi.

Né la parziale atipicità degli accordi potrebbe condurre a ritenere errata la qualificazione degli stessi in chiave amministrativa anziché negoziale, dal momento …che "non è, invece, un requisito necessario degli atti discrezionali autoritari, poiché la funzione di garanzia si esprime attraverso la tipicità solamente nel caso di esercizio di poteri d'imperio e d'imposizione unilaterale» (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 194).

Per un approccio al problema della tipicità, limitato al solo provvedimento autoritativo, non identificabile con quello (più ampio) della garanzia e risolto, nel caso degli accordi, mediante il "consenso della parte" ed i principi generali (*in primis*, costituzionali) sull'attività amministrativa, MAVIGLIA, *Accordi…*, p. 86 s. (segn., pp. 92 e 110).

potere»[68].

A questa stregua: se pare ormai recessiva la tesi che appunta, sul potere, l'indagine circa l'oggetto del 'contratto di diritto pubblico'; si tratta di sviluppare il tema del rapporto fra modulo convenzionale ed interesse pubblico. Salvo osservare che, all'uopo, il discorso sul potere pubblico, 'cacciato dalla porta', finisce col 'rientrare dalla finestra', passando per un propedeutico aggiornamento sulla sua legittimazione: non solo onde spiegare una persistente precomprensione; piuttosto, per verificare le implicazioni (in prospettiva specialistica) di quella concezione evolutiva sul secondo termine di riferimento (l'interesse pubblico, per l'appunto).

Seguendo tale ordine espositivo, può cominciare col dirsi che non torna utile di avvalersi in genere di una nozione di potere 'in senso statico' (comunque riconducibile a quella di condizione del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, di compiere quello contrario), tenuto conto che: pur avuto riguardo alla sua matrice sociale[69]; 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico 'di senso', riconducibile alla «*posizione* [o attitudine] *del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l'ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell'atto* [consapevole] *di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi*»[70].

Quanto osservato non significa necessariamente che l'idea di potere sia inconferente sul piano giuridico. Non è tale in termini assoluti, benché resti ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto estesa ed eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della 'grande dicotomia' pubblico/privato[71]; tanto più che, persino sotto il primo versante, complice il diffondersi di forme contrattualizzate, si registra certa tendenza a convertirlo parzialmente (da autoritativo) in 'servizio' (*rectius*, 'funzione'), quale attività svolta nell'interesse altrui (del cittadino). Ma quell'inconferenza non è ravvisabile neppure in relazione al discorso dogmatico che occupa il presente scritto.

Anzi, proprio in corrispondenza di quest'ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione: sulle relative 'dinamiche di legittimazione' (potere quale fenomeno - se non 'pura energia' - reggente in genere i processi di trasformazione dell'ordinamento[72]); pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di

---

[68] MARZUOLI, *Le privatizzazioni*…, p. 407.

[69] Nella duplice accezione per cui: «1) non v'è società (collettività stabile e organizzata) senza potere, come non vi è potere senza società; 2) una società può venir (ed è) descritta come un sistema articolato di poteri, provenienti tanto dall'alto quanto dal basso» (così S. COTTA, *Potere e Autorità*, in *Il problema del potere* – atti del seminario di studi dell'Unione giuristi cattolici italiani, raccolti in Quaderni di *Iustitia* –, Milano, 1986, p. 9 s.).

[70] E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 2.

[71] A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s.

[72] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980; ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; ID., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'[73].

Ciò, in vista: di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari; come (in definitiva) della calibratura del sindacato. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è riacceso, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un riesercizio del potere pubblico[74].

Procedendo per gradi, valga di osservare preliminarmente che le modalità di legittimazione del potere possono così distinguersi (in linea di massima): «*... la legittimazione a base "soggettiva" sostiene in realtà, più che ogni singola decisione assunta, il complesso delle decisioni che il "legittimo" titolare del potere abbia occasione di emettere durante tutto il suo mandato.*

Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a

---

N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45. Per una concezione del potere come "energia" in senso dinamico, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 266 s.

[73] Nell'ambito della 'dogmatica' moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325 l'aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia il sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di "signoria della volontà" (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 ed., I, Frankfurt am Main, 1906, p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all'opposto di L. DUGUIT, *L'Etat et le droit objective*, Paris, 1901).

Configurano il potere come situazione giuridica, soggettiva: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 122 s.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 165 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 92 s., 96, 104.

Per una netta differenziazione del potere rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare: G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-242-243 (*ivi*, nntt. 7-8), 247, 249, 253; con puntualizzazioni dello stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo* - a cura di G. Guarino -, I, Milano, 1983, p. 101).

Cfr. pure: A. CERRI, *Potere e potestà*…, pp. 3 e 6, con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 465, ora anche in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, 2014, p. 105 s., segn. pp. 109-110; E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, p. 226; E. CANNADA BARTOLI, Vanum disputare de potestate*: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. Sul concetto di potere amministrativo, più recentemente sono tornati: G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 s.; A. LENER, *Potere* (in generale). *b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 s., pp. 640-641. Sull'eterogeneità delle tesi in punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in Catelani-Fioritto-Massera, *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 35 s., segn. pp. 39-40.

[74] Cfr. nell'ordine: M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)*, Torino, 2020; M. TRIMARCHI, *A proposito di Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo) di Andrea Carbone*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 s.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 244 s., 276 e 280.

ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso»[75].

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, valga di sostare su di un susseguente ordine d'implicazioni della vicenda di oggettivazione del potere: di particolare rilievo sul versante pubblicistico ed attinente al porsi (accanto ad una questione di 'effettività' - capacità di fare -) di un problema di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)[76]. In quest'ottica, l'aggiornamento su di una nozione utile di potere (attribuito ad un organismo) pubblico è così sintetizzabile: «*quel che appare definitivamente consumata … è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni – potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore –. Che è poi … la saliente caratteristica – operativa, quindi definitoria – del potere legittimato soggettivamente.*

In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta … già oggi plausibile»[77]. Così, in quanto (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, "doverosamente" diretto allo scopo di cura dell'interesse pubblico, del potere pubblico s'impone una "rivisitazione" (al pari della "buona amministrazione") sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio, quale (precario) *plafond* legittimativo[78].

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi (anche) col problema della contrattualità amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an* prima che *quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.

Sempre seguendo il prospettato ordine espositivo, nonostante l'interesse pubblico rappresenti ormai il 'problema essenziale del diritto amministrativo'[79]; per lungo

[75] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, p. 568.
[76] COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 11.
[77] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 572-573.
[78] A partire da E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 300, 302, 306.
[79] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 91.

tempo non ha conosciuto che uno scarso approfondimento, reputandosi appagante un'accezione teoricamente 'negletta' che non manca di esercitare ancora certo condizionamento nella considerazione da riservare agli accordi aventi ad oggetto il potere autoritativo. Infatti, dal momento che al metodo mutuato dal diritto privato (secondo una matrice culturale pandettistica) ci si sia rifatti onde stabilire o fondare «*il sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini*»: tale tecnica presenta l'indubbio pregio di conferire giuridicità all'amministrazione; al contempo, però, determina un effetto fortemente penalizzante sul prosieguo dell'elaborazione. Ciò, giacché, nel modello civilistico, gli interessi dei privati (*rectius*, il loro perseguimento) venivano intesi come giuridicamente irrilevanti (*utilitas facti*), in contrapposizione ai diritti soggettivi[80]; di guisa che, traslando quel discorso, «*la dimensione teleologica dell'attività amministrativa, il perseguimento degli interessi pubblici, assumeva rilevanza come "ius imperii", cioè, ancora, speciale prerogativa o "facultas" dell'amministrazione, giustificata per la cura d'interessi pubblici, ma questi, almeno all'inizio, non entravano tra le componenti del sistema giuridico. In un secondo tempo, il perseguimento degl'interessi pubblici assunse rilevanza in sede di teoria dell'atto amministrativo; ma anche questa sistemazione corrispondeva al modello civilistico della causa del negozio giuridico privato concernente sistemazione di beni*»[81].
Pertanto, l'interesse pubblico bastava a dar causa all'atto; mentre, 'il più o il meno' del primo veniva fatto rientrare fra le questioni di opportunità, non di legittimità[82].
Se non che, tale concezione diviene recessiva dal momento in cui avanza una legalità amministrativa sostanziale, consona ad uno Stato sociale, interventista.
Innanzitutto, il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico: principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto testé accennato in termini di 'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico'), giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante

[80] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s., segn. p. 2.
[81] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo)…, p. 2.
[82] F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist.), par. 290; U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, p. 490. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo)…, pp. 2-3.

ISSN 2036-7821

della tutela eppertanto, processuale[83].

Corrispondentemente (secondo quanto anticipato) si ampliano gli spazi di un potere autoritativo (discrezionale) di matrice procedimentale: per cui, alla centralità dell'interesse pubblico 'primario' si sostituisce quella dell'interesse pubblico 'concreto', come risultante dal contemperamento delle istanze dei diversi soggetti (istituzionali e privati) coinvolti.

Su tale falsariga, va osservato che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto: sia una relativizzazione del problema 'strutturale' di disciplina posto dall'indeterminabilità del futuro; sia un tendenziale avvicendarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*[84]; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti[85].

In quest'ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall'approccio 'volontaristico' (fondato sulla *voluntas legis*).

Beninteso, si è consapevoli che: il dato 'positivo' vada costantemente inteso quale principale 'formante' di riferimento; altrimenti, restandosi esposti alla censura d''inversione di metodo' (come anticipato, d'introduzione surrettizia di principi di 'giudizi determinativi' avvalendosi di concetti).

Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza 'alla mano') la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti 'sedi' (applicative) presso le quali viene traslato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica[86]) l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un significato oggettivo, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[87].

---

[83] P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

[84] L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

[85] A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

[86] Ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale si rinvengono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «*perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico*» (S. SATTA, *Giurisdizione* – II. *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

[87] MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 290. Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel*

Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio juris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto[88]. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico[89]), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso

*pensiero di Giannini e nella dottrina successiv*a, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, Jovene, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.). Sul piano epistemologico può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -. Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni". Sulla precomprensione cfr. pure: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 3 e 19; GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307.

[88] Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 10-12, 19-20; GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss.; T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 140 ss.); G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 19 e 164; J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, Esi, 1983); F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 201 ss. Ciò comincia a far breccia anche nello specifico dato di esperienza laddove, in tema di verifica della difformità (o meno) dall'ordinamento dell'atto sottoposto a riesame, va segnalata la raccomandazione secondo cui la condizione di conformità deve potersi apprezzare nel senso (circolare) che «le situazioni di fatto da considerare si configurino in modo tale da consentire di ricondurle entro i confini di una corretta applicazione delle norme giuridiche di cui si doveva applicazione» (Cons. St., IV, 10 giugno 2004, n. 3719, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2004, p. 1675).

[89] E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 268.

ISSN 2036-7821

concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[90], ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

In tale contesto, vien fatto di sviluppare un discorso sulle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/'teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'[91]; se (altrimenti), il 'problema politico' non sia risolvibile esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo'[92]). Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell''apparato' – astrattamente dell'atto-attività, del potere –)[93]; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, interessi ulteriori. Non per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano insuperate le tradizionali precomprensioni (non solo teoretiche, con riferimento allo schema normativo di riferimento, ma altresì) epistemologiche, quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[94]. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato[95]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[96]; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo[97]. Ma ciò si spiega in ragione

[90] B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, Laterza, 1923, segn. pp. 27-28; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1965). Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 ss. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 41.

[91] A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

[92] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

[93] SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 90 s., 96.

[94] Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di "interesse pubblico": E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

[95] E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

[96] A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

[97] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra 'norme di relazione' e 'norme di azione', e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[98]. In particolare, da decenni (ormai) la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione[99].
Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, quello pubblico un interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine[100]); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «*laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui*» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo[101]. Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola - legge o atto amministrativo -, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione[102]); sì da concludere risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[103]. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

---

[98] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255. Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

[99] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

[100] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, pp. 76, 80-81.

[101] A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497.
Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 s., segn. p. 3212; M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

[102] Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Cfr. pure P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

[103] Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73.

ISSN 2036-7821

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[104]; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[105]. In definitiva, si tratta di condurre l'interesse legittimo dalla condizione di 'testa di ponte' della legittimità in certa area del merito (eccesso di potere) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve – processuale e procedimentale –).

In secondo luogo, quella tesi 'tradisce' una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[106]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice 'consequenzialista'; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[107].

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)[108]. È, allora intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[109]. Dunque, «*non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o*

[104] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

[105] Giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, pp. 9 e 19.

[106] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

[107] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 s., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

[108] M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, p. 320, nt. 111.

[109] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

interno che sia, dell'attività discrezionale»[110]. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circolare' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi' dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'[111].

Convenendo con quanto esposto, la conclusione cui può provvisoriamente pervenirsi è così articolabile, tenuto conto che: quello pubblico non è (ormai) un interesse "che incorpora o nega gli interessi privati"[112]; in altri termini, il primo si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale[113]; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «*entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato*»[114]. Ebbene: se tale simbiosi si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella - *in primis* codicistica - dedicata ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo[115]; se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema[116]; cade il duplice assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo, al pari di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo. Di tal fatta, quanto all'oggetto del giudizio amministrativo: come non giova l'identificazione né con metafore quale quella del potere amministrativo, né con un provvedimento del quale si debba verificare la formale legittimità; tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse

[110] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

[111] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Cfr. pure P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

[112] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescienza al provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, p. 84 ss.

[113] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

[114] F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, p. 805 ss.

[115] *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90. Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.

[116] G. ABBAMONTE, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.

ISSN 2036-7821

pubblico concreto come indissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

4.2. Prime conclusioni specialistiche (proprium funzionale delle convenzioni urbanistiche quali contratti ad oggetto pubblico).

A tal punto, al 'contratto ad oggetto pubblico' può associarsi il *proprium* funzionale, di una logica del consenso che fa ingresso nel rapporto amministrativo, solo se la decisione (discrezionale) debba di necessità coinvolgere anche il singolo: non in termini meramente informativo-istruttori; bensì, instaurando una relazione simbiotica fra le parti, come risposta del sistema ad un problema di formulazione "di massima" dell'interesse pubblico, concreto.

In tale contesto, peraltro, la gestione "negoziale" del momento discrezionale (su proposta del privato) può vedersi riconosciuti spazi d'infungibilità (una volta determinato il fatto e ponderati gli interessi) nel momento in cui il perseguimento dell'interesse pubblico sia stato spinto di là dalla soglia di equilibrio ("minimo mezzo") con la tutela degli interessi qualificati del privato medesimo, per via del consenso di quest'ultimo[117].

Ultimamente tale connotato pare trovar riconoscimento anche nell'esperienza (di più diffusa applicazione dell''archetipo ordinario') delle convenzioni urbanistiche[118]. Salvo osservare che talvolta la giurisprudenza confonde tale fattispecie con quella di mera assunzione (da parte di un operatore) di oneri maggiori rispetto a quelli astrattamente previsti dalla legge (quand'anche si tratti di una scelta imprenditoriale volta al benessere della collettività); trattandosi di manifestazione dell'ordinaria autonomia privata (di per sé non contrastante con norme imperative)[119].

---

[117] Nel senso che altrimenti non è ammissibile che l'amministrazione dia all'accordo (ai sensi dell'art. 11, L. n. 241/1990) un contenuto diverso da quello che avrebbe dato al provvedimento: E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* - atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1992-, Milano, 1994, pp. 19 s., segn. 27.

In linea P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, p. 275. Cfr. pure: P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007; per una recente trattazione specialistica, M.A. QUAGLIA, *L'urbanistica consensuale*, in *Trattato di diritto del territorio* (a cura di F.G. Scoca, P. Stella Richter e P. Urbani), Torino, 2018, vol. I, pp. 627 s., segn. 646 s. (Convenzioni urbanistiche e *ius variandi*).

[118] Una conferma di una giurisprudenza 'adesiva' rispetto a tale inquadramento funzionale proviene da: Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2024, n. 9220 che ravvisa un connotato precipuo delle convenzioni urbanistiche nella circostanza per cui la parte privata può obbligarsi all'adempimento di oneri economici più gravosi rispetto a quelli derivanti dall'esercizio dei poteri autoritativi dell'amministrazione; tale pattuizione, in quanto conforme al principio generale in materia contrattuale ricavabile anche dall'art. 1372, comma 1, c.c. e applicabile ai sensi dell'art. 11, comma 2, L. n. 241 del 1990, vincola la parte all'adempimento delle prestazioni dedotte nell'accordo.

[119] Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2023, n. 2996 secondo cui non è affatto escluso dal sistema che un operatore, nella convenzione urbanistica, possa assumere oneri anche maggiori di quelli astrattamente previsti dalla legge, trattandosi di una libera scelta imprenditoriale (o, anche, di una libera scelta volta al benessere della collettività locale), rientrante nella ordinaria autonomia privata, non contrastante di per sé con norme imperative. Cfr. pure

4.3.1. Affermazione di un 'diritto soggettivo pubblico' (attualizzato) in seno ad una più generale revisione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: … non solo in capo al privato (in correlazione con l'interesse legittimo) …

Se non che, così giunti, si è solo 'a metà dell'opera': trattandosi di sciogliere l'ulteriore 'nodo' della natura associabile alla situazione giuridica attiva, di cui è titolare la 'parte' pubblica, quale corrispondente alla cessione delle aree implicata dalle convenzioni urbanistiche.

Tutto ciò però implica il superamento di certa concezione del diritto soggettivo: come necessariamente 'disponibile' se ed in quanto di matrice 'negoziale'; così adombrandone il contesto procedimentale. Il che impone d'innestare quel discorso sul tronco di una più generale 'rivisitazione' della teoria delle situazioni giuridiche soggettive; salvo farne emergere i possibili effetti 'relativizzanti' su entrambi i sensi: stavolta (per quel che maggiormente attiene al presente studio specialistico), con particolare riferimento a quando la situazione attiva sia riferibile

---

T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 115, in *Foro amm.*, 2020, pp. 271-272 che parimenti adduce a giustificazione l'assenza di una preclusione di sistema. Così anche T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 3 luglio 2019, n. 624, in *Foro amm.*, 2019, pp. 1293-1294: «Nulla osta a che il privato proponente un piano attuativo, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, assuma in sede di convenzione urbanistica obblighi di fare e/o di dare ulteriori ed eccedenti rispetto a quelli discendenti dalla legge. La convenzione urbanistica, infatti, rientra nel novero degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, e vede combinarsi insieme poteri pubblicistici (dell'Amministrazione) con quelli privatistici (di entrambi i contraenti) di autoregolare il proprio assetto di interessi, con l'assunzione di reciproci obblighi e correlati diritti di credito; nell'equilibrio del sinallagma contrattuale cristallizzato nella convenzione urbanistica l'obbligo di rendere prestazioni eccedenti il minimo legale ben può risultare giustificato dai benefici che la convenzione consente comunque al privato di conseguire».

Cfr. pure T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 gennaio 2019, n. 34, in *Foro amm.*, 2019, pp. 98-99: «Le convenzioni di urbanizzazione trovano collocazione tra i contratti con oggetto pubblico; con esse l'Amministrazione, dal canto suo, realizza determinate finalità istituzionali, solo strumentalmente alle quali si originano a proprio favore diritti e obbligazioni a contenuto patrimoniale; per altro verso, alle predette finalità asservite, sono precisati gli obblighi che il privato assume, sicché si sostiene che le convenzioni iscritte nella normativa pubblicistica relativa alle opere di urbanizzazione e più in generale nell'alveo della l. n. 241 del 1990, art. 11, si configurano quali accordi endoprocedimentali dal contenuto vincolante, al fine dell'ottenimento delle autorizzazioni urbanistico-edilizie. Tali negozi, pertanto, sono conclusi in condizioni di disparità, laddove gli obblighi per la parte privata configurano atti dovuti, prestazioni patrimoniali aventi natura di obbligazioni *propter rem* e di prestazione patrimoniale imposta, seguendo la titolarità del bene, anziché il soggetto originario contraente. Pertanto, l'obbligo di cessione risulta opponibile anche ai successivi aventi causa anche in considerazione del fatto che spetta al soggetto inadempiente dimostrare con esibizione di atti di compravendita, di aver provveduto alla cessione a terzi di quelle aree e quindi della coerenza tra risultanze catastali e loro regime proprietario».

Sulla falsariga delle pronunzie testé menzionate, già: T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 1° dicembre 2016, n. 541, in *Foro amm.*, 2016, p. 3047 («La convenzione urbanistica rientra nel novero degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento e vede combinarsi insieme poteri pubblicistici (dell'Amministrazione) con quelli privatistici (di entrambi i contraenti), di autoregolare il proprio assetto di interessi, con l'assunzione di reciproci obblighi e correlati diritti di credito. Fermo restando che non esiste nell'ordinamento una norma impeditiva dell'assunzione dell'obbligo a rendere prestazioni eccedenti il minimo legale, vero è che nell'equilibrio del sinallagma contrattuale cristallizzato nella convenzione urbanistica un siffatto obbligo ben può risultare giustificato dai benefici che la convenzione consente comunque al privato di conseguire»); T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2016, n. 78, in *Foro amm.*, 2016, pp. 98-99. Ultimamente cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 dicembre 2022, n. 2735.

all'amministrazione, rispetto al profilo (più diffusamente esaminato) in corrispondenza del quale la medesima si ponga in capo al privato.

Procedendo con gradualità, muovendo da quest'ultimo versante, gli sviluppi più avanzati di quella teoria 'aprono' a due ordini di operazioni 'critiche', corrispondenti all'emanciparsi da altrettante 'precomprensioni'. *In primis*, ci si riferisce all'idea che, al di fuori della qualificazione come 'diritto soggettivo', non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'[120]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[121]). Corrispondentemente, l'accento cade sull'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, sull'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo* specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse* [sostanziale] *in funzione della sua realizzazione*»[122].

Il passaggio successivo va colto nel superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta del diritto soggettivo rispetto all'interesse legittimo. Senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti: la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (per l'appunto, quale riflesso dell''orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).

Gli è, infatti, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo[123]. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l''interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente[124].

---

[120] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione..., Introduzione*, pp. VII s., 105, 132 e 175.

[121] E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219, 365 e 373.

[122] L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 29, 219 s., 238.

[123] In questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; nonché, prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento, cfr. pure M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

[124] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.

Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità certa rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad un'applicazione univoca*»[125]. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –[126]); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre).
Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull''interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell''individuo qualunque'[127]. Si è dell'avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …
A tal punto, sgomberato il campo dai fattori di 'precomprensione', trattandosi di offrire una soluzione 'in positivo', alla luce dell'orientamento epistemologico impresso ad un discorso impostato sull''approccio' teoretico (in senso lato), la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive può così riformularsi (assecondando una lettura costituzionale) nel senso (del riconoscimento, *rectius*) della riconoscibilità di un pari rango dogmatico (istituto) a ciascuna.
Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'), del 'rapporto'. Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[128]; salvo quel margine di riserva connesso alla

[125] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s. il quale assume a termine d'attacco in particolare (e non per caso) la distinzione fra potere discrezionale e potere vincolato.

[126] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.; S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 469.

[127] Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263 sviluppa analiticamente la propria nozione di base d'interesse legittimo nell'ordinamento generale.

[128] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei

circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)[129]. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'[130]; operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[131], ma anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[132]. Dunque, una situazione giuridica 'trasversale' rispetto ai due emisferi ordinamentali. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad

---

vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

[129] Così: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezion fatta per il profilo dell'*an*). Cfr. pure: STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 108.

[130] Delle strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica si è già riferito in nt. del par. 3. Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

[131] Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 69, 79-80 conclude che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti* ..., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

[132] Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare[133]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite.

Resta inteso che: pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo); accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma[134]) un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Da qui, la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale staticamente distinta dal diritto soggettivo (per via di un reciproco riposizionamento). Laddove, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[135]. Salvo osservare che, nell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, quella figura si contraddistingue per ciò che la comparazione coinvolge l'interesse pubblico, sì da giustificare certa specialità a livello giurisdizionale.

Da qui, la predilezione da riservare alle ragioni per le quali una situazione giuridica 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali), nell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, si sia contraddistinta per aver assunto un rilievo 'identitario' (di là dal giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale). Ciò implica una riflessione ulteriore: a meno di rinunziarvi a favore dell'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la

---

[133] Onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, può tornar utile anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell'ambito del diritto privato: per cui può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.

[134] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

Come noto, al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia la distinzione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia la tesi secondo cui l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

[135] F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; ID., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

ISSN 2036-7821

categoria tradizionale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)[136]; potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

A questa stregua, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'[137].

Si tratta evidentemente di tornare sui rapporti fra interesse legittimo ed interesse pubblico (astratto-primario-concreto), per cui cfr. quanto *supra* esposto. Piuttosto, per quel che maggiormente rileva ai fini del presente scritto, pare doversi osservare che

[136] Ciò, stanti l'estrema discutibilità della medesima (già dal punto di vista teorico) e le profonde diversità rispetto allo Stato costituzionale, ottocentesco (fondato sulle ideologie liberali). Basti pensare che, dopo l'opera di SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900), la dottrina italiana non ha fornito alcun contributo significativo in quel campo; né si riscontrano differenze di rilievo nel percorso degli studi di lingua tedesca seguiti al lavoro fondamentale di G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912). Quanto viene spiegato coll'origine del concetto di diritto soggettivo pubblico, contestualmente alla nascita ed allo sviluppo dello Stato costituzionale fondato sulle ideologie liberali, a seguito della rivoluzione francese (E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 792). Pertanto, la rilevanza della dottrina del diritto soggettivo pubblico risiedeva, non tanto in sé (come teoria), quanto come occasione per rappresentare (a mo' di rivendicazione) il "nuovo punto di contatto e la posizione reciproca tra la libertà dei singoli e l'autorità dello Stato, fissando un certo modo, giuridicamente regolato, di esplicarsi dell'una e dell'altra" (CASETTA, *op. ult. cit.*, p. 792). Cfr. pure CASETTA, *op. ult. cit.*, pp. 796-797. Sul tema recentemente è tornato B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

[137] *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L''interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCARIO, il *Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

siffatta prospettazione risulta meno 'eversiva' di quanto possa apparire *prima facie*, sol che si ponga mente sulla sua consustanzialità col profilo di tutela giurisdizionale e sulla singolarità ('inversione di metodo') di una situazione giuridica soggettiva nata onde giustificare l'istituzione di una giurisdizione speciale. Infatti: 'al netto' della vicenda storica che ha condotto ad optare per un sistema dedicato a determinate situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi, ma non come diritti, parallelo e tendenzialmente pariordinato a quello di tutela giudiziaria dei diritti soggettivi[138]; l'evolversi della giurisdizione del giudice amministrativo, nel senso di un progressivo incremento dello strumentario di tutela, ha finito col dare corpo ad un sistema che si discosta sempre meno dall'idea alternativa a quella (risultata prevalente) improntata al parallelismo con la giurisdizione del Giudice ordinario; cioè, ad un rafforzamento del sistema di tutela giudiziaria originato dalla l. cont. amm., onde garantire effettivamente, mediante opportune garanzie processuali, la tutela dei diritti e dei diritti-interessi dei cittadini nei confronti della pubblica Amministrazione.

Ed a ciò ha senz'altro concorso il dato costituzionale: per un verso, vietando qualsiasi limitazione al sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica Amministrazione, e garantendo il più largo accesso ai mezzi di tutela giurisdizionale nei confronti della medesima; per altro verso, incentrando il controllo giurisdizionale degli atti della pubblica Amministrazione sul potere di annullamento, riservando alla legge il compito d'individuare il giudice. Ciò, con un radicale mutamento di prospettiva rispetto al principio contenuto nell'art. 4, 2° co., l. cont. amm.: dal momento che cade il divieto, per il giudice ordinario, di annullare gli atti amministrativi (prerogativa non più esclusiva del giudice amministrativo).

Non per caso si è osservato che: «la Costituzione tende pertanto a porre in rilievo la conformazione e il contenuto del potere cognitivo e decisorio del giudice rispetto alla qualità soggettiva dello stesso, secondo un processo di immanente verifica giudiziale sull'atto amministrativo. … Principio di sviluppo della giurisdizione amministrativa [artt. 103 e 113 Cost.] e principio della giurisdizione unica (art. 102 Cost.) si intrecciano dialetticamente nell'ordinamento costituzionale, rappresentando opposte tendenze in continuo rimescolamento»[139].

---

[138] Evidentemente ci si riferisce: all'iniquità dei limiti della tutela giudiziaria a fronte di uno Stato unitario contraddistinto da una crescente estensione ed intensificazione dell'azione amministrativa; ad un'applicazione riduttiva della Legge del 1865, dal momento che i Tribunali ordinari tesero ad escludere la propria giurisdizione ogniqualvolta fosse stata richiesta la pronuncia a tutela di un diritto sul quale un'autorità amministrativa avesse esercitato un potere comportante la compressione o l'estinzione del diritto medesimo per ragioni di pubblico interesse; nonché, all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (già di per sé garantista dell'immunità dell'Amministrazione dagli influssi politici del Governo), in funzione della sostituzione della disciplina contenuta nell'art. 3 l. cont. amm., quale giudice preposto alla tutela degli interessi non protetti come diritti; sì da rafforzare, con l'una, gli altri.

[139] A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 14.

… e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che muove da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi[140]. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia[141]. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi[142]; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).

Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato (in una logica operazionale di "costi/benefici") sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima

---

[140] C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48.

[141] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza': P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2025, par. 4.

[142] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

ISSN 2036-7821

natura del circolo ermeneutico. Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete (ed al cittadino) quale approccio orientativo 'di massima'.

4.3.2. … ma anche in capo all'amministrazione (stante il primato del dovere-obbligo). Seconde conclusioni specialistiche (indisponibilità-imprescrittibilità del 'diritto' alle cessioni correlate a convenzioni urbanistiche).

Tornando al ramo di discorso che maggiormente rileva nel presente studio, va osservato innanzitutto come da tempo paia doversi abbandonare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*.
Sono essenzialmente due gli argomenti che giustificano tale superamento: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini della menzionata alternativa; laddove l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)[143].
Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che:
si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento[144]; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)[145];
il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse.
Se non che: una volta articolato il discorso 'evolutivo' sulle *tipologie* dell'interesse[146]; l'inquadramento testé proposto, quale imperniato sulle categorie 'primarie', può tornar utile sotto un preciso versante.
Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto: benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire

[143] Valgano le (pur risalenti) connessioni di CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*..., onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d'"interesse correlato ad un obbligo", o dovere in senso stretto, altrui – pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272 –): al centro del sistema giuridico (a partire dai due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento, per affermarne quello primario nella composizione dei conflitti d'interessi mediante la disciplina del comportamento), quali situazioni soggettive primarie per eccellenza, distinguendosi il *dovere* dalla *facoltà*. Cfr. pure, *ivi*, p. 14.
[144] S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.
[145] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*..., pp. 218, 18 s.
[146] Per cui già CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*..., pp. 39 s., 297.

ISSN 2036-7821

dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo); è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'[147]. Ciò - per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[148].

Ma, se ormai non si dubita che, a partire dallo 'statuto costituzionale', l'attività discrezionale dei pubblici poteri vada integralmente ricondotta nell'alveo della doverosità; può concludersi che ad un obbligo del privato nei confronti della pubblica autorità, benché di origine 'negoziale', in quanto assunto ('contratto') in un contesto di disciplina consequenzialista (rispondente alla sequenza norma-potere-fatto), non possa non farsi corrispondere, in capo a quest'ultima, un 'diritto soggettivo pubblico' nell'accezione attualizzata dall'anticipato discorso revisionista: come tale, indisponibile, in quanto intrinsecamente associato al vincolo di perseguimento dell'interesse pubblico, concreto; ma, per la stessa ragione, altresì imprescrittibile. Inoltre: se termine di riferimento di quella doverosità è comunque rappresentato (per l'appunto) dall'interesse pubblico (non astrattamente definito dalla *voluntas legis*, bensì) concreto; ne consegue che quel duplice connotato, d'indisponibilità-imprescrittibilità del 'diritto soggettivo pubblico' del quale è titolare l'amministrazione, finisce coll'associarsi anche al caso in cui il 'contratto ad oggetto pubblico' assolva al perseguimento dell'interesse pubblico spingendosi oltre la soglia di equilibrio ("minimo mezzo") con la tutela degli interessi qualificati del privato, per via del consenso di quest'ultimo; resta inteso, fintantoché non si proceda ad una rimodulazione dell'interesse pubblico medesimo.

[147] RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5. Cfr. pure: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, pp. 160 s., 153 s., 149 s.; NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s.; R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[148] Risultano illuminanti le (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956 onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d''interesse correlato ad un obbligo', o dovere in senso stretto, altrui – pp. 11, 46, 100, 102 e 117: *ivi*, pp. 4-6 e 39 s., 14, 218, 18 s., 39 s. D'altro canto, cfr. quanto osserva SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s.; nonché, *ivi*, ID., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

ISSN 2036-7821