



APPUNTI PER UNO STUDIO SISTEMATICO DELL'INTERESSE LEGITTIMO NEL DIRITTO PRIVATO.

CARLO MAZZU'

Sommario: Premessa: Ideologia e dogmatica nella costruzione delle situazioni giuridiche soggettive. 1. – Alle origini del problema. Il caso Santhià. Il dibattito dottrinale. 2. – Gli sviluppi teorici nell'ambito della Scuola pisana. 3.1. – La riconsiderazione delle categorie fondamentali: diritto pubblico e diritto privato; diritti assoluti e diritti relativi. 3.2. – La tutela aquiliana degli interessi legittimi. Il problema della pregiudiziale amministrativa. 4. – La dialettica degli interessi e la continuità del sistema giuridico: dalla logica dei contrari alla logica dei distinti. 5. – L'opzione assiologica tra individualismo e solidarietà nella graduazione della tutela. Il metodo pragmatico nella ricostruzione delle fattispecie, la concreta configurazione delle interrelazioni degli interessi, la discontinuità delle situazioni reali, la natura convenzionale dei tipi normativi. 6. – I tratti distintivi dell'interesse legittimo: figura teorica generale, che trascende l'ambito proprio del diritto amministrativo e supera la ristretta ottica intraordinamentale. L'esercizio del potere, pur astrattamente legittimo, per attuare il valore, dev'essere anche concretamente lecito. Il principio di congruità dei mezzi rispetto ai fini. 7. – Il potere irrelato e l'ossimoro dell'irrelazione non assoluta, ma relativa ad altri soggetti portatori di interessi opposti. 8. – Il ruolo del principio della funzione sociale nella struttura dei poteri privati. L'ingresso di un fattore di funzionalizzazione rende rilevanti interessi alternativi e disomogenei rispetto a quelli del titolare del diritto soggettivo. Il compromesso dinamico tra le forze politiche attorno alla formula della funzione sociale, come risultante dalla sintesi della dialettica tra le forze sociali.

Questo scritto aspira a essere solo un inventario di questioni, una carrellata rapida sul terreno irto d'insidie delle situazioni giuridiche soggettive, osservate in settori diversi del nostro ordinamento.

Sicuramente l'ampliamento dei temi non ne ha favorito l'approfondimento. Questa scelta, rischiosa ma consapevole, ha tratto motivo dalla constatazione della crescente "contaminazione" tra ambiti normativi diversi, con la conseguenza che la ricognizione dei dati deve consentire di coglierne la dimensione interdisciplinare.

E'ancora lontana la pretesa dell'analisi scientifica, ma sarebbe già sufficiente poter conseguire l'obiettivo più modesto dell'individuazione corretta delle direttrici di marcia, lungo le quali indirizzare le ulteriori ricerche sui temi specifici, necessarie per rispondere ai tanti interrogativi formulati.

L'impresa non è agevole e questo lavoro programmatico è sicuramente impari rispetto alla prova, sicché – dopo la sommaria descrizione dei territori da esplorare – è parso prudente fermarsi sulla linea di confine e riservare ad un successivo impegno gli ulteriori studi, che consentano di giungere agli esiti finali.



Ma già questo primo approccio non può trascurare il dato di esperienza che la rappresentazione dogmatica non può prescindere dalla consapevolezza della valenza ideologica delle scelte fatte, per smascherarne l'ambiguità superando la loro neutralità apparente.

L'evoluzione del sistema ha posto con forza questioni nuove, che si collocano su piani trasversali e intercettano, collegandole e/o contrapponendole, situazioni reali rappresentative di interessi disomogenei. L'atteggiamento più opportuno non è quello di esaltare le ragioni del conflitto, ma di cogliere quelle dell'integrazione e della coesistenza, sfuggendo alla tentazione di realizzare una sintesi totalizzante, che affievolisca – fino a farle comparire – le ragioni di ciascuno dei termini dialettici.

Il tempo delle logiche esclusive ed individualistiche volge al tramonto, ma – nel crepuscolo dei poteri egoistici – si sono affermate le domande di inclusione sociale, meritevoli di riscontro, a condizione che non sconfinino nell'omologazione, ma preservino i connotati della loro diversità. In caso contrario, sarebbe un'apertura apparente, che maschera un'annessione effettiva.

In questo perimetro si articola il rapporto tra autonomia e sussidiarietà: espressione ancora di individualismo tenace la prima; manifestazione di solidarietà la seconda.

L'elemento di collegamento e di mediazione è la partecipazione, vista in tutte le sue forme, declinate nell'area dei rapporti pubblici e privati.

Là dove scade la forza dell'autonomia autosufficiente interviene il rapporto delle regole eteronome che consolidano le strutture delle scelte individuali nello schema di interessi superiori, per loro natura, complessi.

In questo quadro dinamico le categorie classiche del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo acquistano spessore, significato e funzioni diverse.

Ciò non avviene per caso, ma obbedendo a spinte sociali variamente generate e orientate, nelle quali si sostanzia non la cieca lotta per il potere, ma la più nobile lotta per il diritto.

1) Per non rischiare di disperdersi lungo il cammino accidentato dell'analisi delle situazioni giuridiche soggettive, occorre verificare e aggiornare le mappe del sistema, quasi sperando una periodica azione di regolamento dei confini tra diritto pubblico e privato.¹

¹ Appaiono significative le riflessioni di IRTI N., voce *Diritto (diritto privato)*, in *Enciclopedia italiana, Appendice 2000*, Roma, 2000, p. 495-498, ora in *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 85-86: "Ben è vero che il diritto privato si dirama nel diritto civile e nel diritto commerciale, e che i rapporti civili si contrappongono ai rapporti commerciali, ormai dominati dalla figura dell'impresa e dalla produzione in serie. Ma tutti sono rapporti privati, non-pubblici, in cui il singolo agisce come individuo particolare, e non come cittadino. E tutti potrebbero anche chiamarsi rapporti civili, cioè vincoli della società civile, estranei ai vincoli pubblici. In questo senso, il diritto privato è diritto civile, diritto dell'hegeliana particolarità, che confina con il diritto pubblico, e insieme ne segna il contenuto e la funzione. Il diritto pubblico protegge, ma non costituisce le posizioni dei singoli; tutela dall'esterno, ma non penetra dentro le relazioni civili. I due campi sono definiti in base ad un criterio ideologico che, prendendo veste di teoria giuridica, rivendica l'intangibile primato della proprietà privata e dei vincoli contrattuali. L'ideologia



Sono sempre tante, di provenienza e direzione diverse, le spinte alla modifica degli assetti dei poteri e – correlativamente – dei doveri, sicché la dimensione del tempo presente resta sempre l'unica idonea a disegnare un quadro attendibile, nella consapevolezza della sua costante evoluzione.²

Senza voler conseguire la *probatio diabolica* dell'origine del problema, è però necessario tentare una pur sommaria rilettura dei fatti che hanno portato agli esiti attuali.

politica si traduce nelle dottrine del diritto soggettivo e del negozio giuridico. Ma nel costituirsi stesso del diritto privato, come ramo della legislazione e corpo di dottrine, si annida un principio di antinomia. I codici civili, mortificando le altre fonti del diritto e raccogliendo in sistema la disciplina dei rapporti privati, disvelano pure l'essenza della sovranità statale, che assume il monopolio normativo e nulla tollera fuori o sopra di sé. I codici, nell'atto di garantire continuità della proprietà e stabilità dei vincoli negoziali, dichiarano il primato della legge statale. Il diritto della società civile si fa legge dello Stato; e così rinuncia alla pretesa di un'originaria neutralità, poiché sempre la legge dello Stato è decisione politica. L'antitesi tra sfera civile e sfera politica, tra autonomia privata e legge, tra interessi dei singoli e interessi pubblici, non può più sopravvivere all'interno dei codici: organismi di norme, in cui si manifesta la sovranità statale, e che la scienza del diritto proclama in sé conclusi e completi. Il costo della protezione, che i codici offrono ai rapporti della società civile, sta proprio nella perdita di originarietà e di neutralità politica."

p. 87: "Cade la stessa distinzione fra diritto privato e diritto pubblico, giacché contratto e legge sono parimenti fonti di norme, e la validità delle norme poste dai privati deriva dall'osservanza delle procedure di produzione stabilite dalla legge. Contratto e legge non si fronteggiano come principi di ordini diversi, sicché tra l'uno e l'altra possa farsi questione di confini esterni o di un più e di un meno: ma appartengono allo stesso ordine, come gradi di una gerarchia, che ambedue comprende e spiega.

A questo punto, la difesa e la salvaguardia del diritto privato si risolvono, non già nella rivendicazione di una sfera pre-statale, ma nello stabilire o promuovere dati contenuti legislativi, cioè in un atteggiamento interno al diritto statale. Il quale ultimo è arbitro — arbitro politico, e non neutrale e agnostico — di dilatare o ridurre lo spazio dei rapporti privati, che è lo spazio degli accordi volontari, e non dei comandi legislativi o amministrativi. Stato di diritto è lo Stato che, restringendo l'ambito dei comandi, allarga lo spazio dei negozi privati; e Stato di diritto è del pari lo Stato, in cui i beni non siano volontariamente scambiati, ma assegnati con atti amministrativi o in base a criteri stabiliti dalla legge. La formula 'Stato di diritto' si svuota di ogni identità sostanziale: essa tutto può contenere, ed a tutto può imprimere il carattere della giuridicità. Da 'Stato dei diritti individuali', lo Stato di diritto trascorre a puro Stato di norme giuridiche."

² IRTI N., *op. ult. cit.*, p. 92: "Il diritto privato si trova in profonda antinomia: rinvigorito dal 'riconoscimento' dei diritti fondamentali, e restaurato nell'originarietà delle sue pretese, perde i territori occupati dallo Stato sociale. Da un lato, abbraccia nuovi beni ed interessi (dalla salute all'ambiente, dalla vita 'privata' alla riservatezza); è spogliato, dall'altro, di servizi e prestazioni, già appartenenti ai rapporti di scambio, ed ora amministrati dallo Stato."; p. 94: "Il diritto privato gode di un'espansione quantitativa (in ispecie, nell'istituto della società per azioni); mentre il diritto pubblico, al fine di tutelare l'interesse collettivo e di adempiere la funzione regolatrice, ricorre a nuove figure o trapianta in Italia figure straniere ('azione d'oro', autorità indipendenti ecc.)"; p. 98: "La lotta per il diritto privato è una lotta politica, che si svolge contro altri disegni politici, volti ad affermare il primato del diritto pubblico, a ridurre o soffocare la libertà di associazione, a surrogare il mercato con le strutture dello Stato amministrativo. La difesa del diritto privato esige la sincerità e il coraggio della battaglia politica. Esso non è più 'separato', e quindi 'privato', dalla vita statale, o dalle intese fra gli Stati, ma - tosto che richiede la protezione della legge - ne fu e rimane per sempre imprigionato."



Se si va a indagare tra gli spunti offerti dalla dottrina più risalente,³ non è difficile ritrovare tracce d'intuizioni circa l'esistenza di situazioni soggettive di diritto privato, genericamente riconducibili alla figura dell'interesse legittimo. C'è stata una reiterata attenzione attorno a fattispecie civilistiche in cui, all'obbligo del titolare del potere, non corrispondeva un diritto dei soggetti sottoposti, ma un interesse al corretto esercizio dell'autorità.

Si ritrovano ulteriori spunti interessanti, ma il tema ha stentato a trovare pacifico ed univoco svolgimento, come testimonia una ricostruzione storico-critica del 1972, alla quale si può tranquillamente attingere per appropriate osservazioni.⁴

Nei primi anni cinquanta e sull'onda dell'entusiasmo sollecitato dal rinnovato quadro politico-istituzionale, Ugo Natoli, nell'ambito della Scuola giuridica messinese, aveva aperto una prospettiva nuova nello studio del motivo del licenziamento, per rendere compatibile il potere datoriale con l'attuazione del diritto al lavoro, tutelato dall'art. 4 cost.⁵

³ CHIRONI G. P. – ABELLO L., *Trattato di diritto civile italiano*, vol.1, *Parte Generale*, Torino, 1904. Sebbene gli AA. non abbiano espressamente utilizzato la denominazione di “*interesse legittimo*”, la posizione soggettiva individuata è chiaramente identificabile con esso per la somiglianza con la posizione del cittadino nei confronti della P.A., in una collettività organizzata e governata da un particolare soggetto, titolare del potere di governo. L'interesse del singolo si atteggia in questo senso come interesse al corretto esercizio dell'autorità. La tutela di tale situazione soggettiva è data dalla possibilità di proporre “*reclamo*” contro l'esercizio dell'autorità; reclamo che deve essere considerato come azione in senso proprio.

Nel diritto privato, l'istituto dell'interesse legittimo così delineato troverebbe applicazione principalmente (solamente) in ipotesi ricomprese nell'ambito del diritto familiare; sarebbero così di interesse “*legittimo*”: “*la posizione giuridica dei coniugi per l'adempimento delle obbligazioni reciproche lor derivanti dall'entità del vincolo matrimoniale; la posizione dei figli di fronte al modo con che il genitore esercita la potestà; la condizione della donna di fronte al potere che nell'amministrazione della dote o del patrimonio della comunione è dato al marito.*” (*Trattato, cit.*, p. 128).

⁴ CANNADA BARTOLI E., voce “*Interesse (dir. amm.)*”, in *Enc. dir.*, vol.XXII, Milano, 1972, p. 25, il quale, in una sorta di rivendicazione della spettanza dell'interesse legittimo al diritto pubblico, è molto cauto nell'accettare, anche ideologicamente, una possibile estensione del concetto di interesse legittimo all'ambito delle relazioni tra privati, o comunque alla teoria generale del diritto: “[...] *Il bilancio è semplice: l'inclinazione alla teoria generale induce ad estendere schemi, maturati in un determinato settore per determinate ragioni storiche, ad altri campi o rami; non si ritenga, però, che la nuova nozione possa essere immediatamente riadoperata nel settore di origine. Se si vuol parlare d'interesse legittimo nel diritto privato, occorre ricordare che, in tale diritto, considerato nella sua storica determinazione, la nozione serve per risolvere problemi diversi da quelli del diritto amministrativo. Si stabilisca pure che la relazione interesse legittimo–potere giuridico sia di teoria generale, questo non esclude che l'ordinamento possa assumere atteggiamenti diversi, secondo le esigenze che di volta in volta vuole affermare, garantire, e secondo l'ambito in cui vuole operare: si pensi al diritto delle società, riguardo al quale la dottrina è incline a ravvisare situazioni di interesse legittimo, e si consideri quale rilevanza spetti in materia alla organizzazione della società.*”

⁵ *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1951, I, p. 105 ss.: “*Ora, se ben si considera, il diritto al lavoro ha un aspetto meno vago, più immediatamente apprezzabile, che inerisce, praticamente, ad ogni e qualsiasi rapporto di lavoro. Ed è un aspetto che, in vari paesi, ha già ottenuto una congrua tutela, nella quale del resto sono equamente contemperati gli interessi sia di colui che presta attività lavorativa, cioè del lavoratore – sia di colui che si giova,*



L'indagine sul motivo, parallela a quella sull'abuso del diritto, avrebbe costituito la breccia attraverso la quale avrebbe fatto ingresso la categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato.

Il dibattito si è aperto in dottrina in occasione dell'allora famoso “*caso Santbia*”, cioè il licenziamento di un lavoratore per ragioni politiche, che consentì di approfondire il rapporto sul piano strutturale e funzionale tra l'unilateralità dell'atto datoriale, il licenziamento, e le sue ragioni sostanziali, riconducibili alle nozioni tradizionali di causa e motivo, ed alle norme del codice civile che le riguardano. Si confrontavano la tesi dell'irrelevanza del motivo, data la struttura unilaterale dell'atto, e quella della rilevanza del motivo per la natura del licenziamento, come atto recettizio non astratto, ma sindacabile nel merito.

dietro corrispettivo, di tale prestazione, cioè dell'imprenditore o datore di lavoro. Questo aspetto si traduce nel diritto del lavoratore al mantenimento del posto di lavoro, o, più brevemente, nel diritto al posto di lavoro. Presuppone, quindi, in concreto superata l'istanza all'ottenimento di un posto di lavoro e tende a far sì che questo effettivo superamento non sia arbitrariamente posto nel nulla. [...]. Si guardi, comunque, la questione dall'uno o dall'altro punto di vista, la conseguenza ultima è uguale: il riconoscimento della necessità di una tutela dall'arbitrarietà del licenziamento.” Per gli ulteriori sviluppi, si veda, inoltre: NATOLI U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955; ID. *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss..

Il seme gettato da Natoli con i suoi studi in materia di rapporto di lavoro e abuso del diritto ha, negli anni, trovato terreno fertile nella sensibilità dei giuristi italiani e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che, proprio in materia di diritto del lavoro, ha fatto spesso riferimento al concetto di abuso del diritto, enucleando, sul fronte giurisprudenziale, un vero e proprio principio di non arbitrarietà del potere datoriale, applicabile a tutte le espressioni di tale potere: si vedano in proposito le sentenze 22/12/1980, n. 189, in materia di licenziamento irrogato in pendenza o al termine del patto di prova; 23/06/1988, n. 694, in tema di recesso dal rapporto di lavoro subordinato; 09/03/1989, n. 103, in materia di qualifiche e mansioni effettivamente svolte; 23/07/1993, n. 337, ancora in materia di mansioni; 30/12/1994, n. 461, in tema di abuso della normativa di favore; 07/02/2000, n. 51 in tema di contratto di lavoro a termine. Sull'altro versante, quello della tutela del datore di lavoro contro il lavoratore, vedasi Corte Cost. 27/05/1996, n. 171, in tema di abuso del diritto di sciopero. Per la ricostruzione della figura dell'abuso del diritto nella giurisprudenza costituzionale, si veda l'analisi di TROISI B., *L'abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte Costituzionale*, in TAMPONI M. e GABRIELLI E. (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, in “*Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*”, E.S.I., Napoli 2006. La dottrina ha svolto indagini pregevoli sul tema, divenuto ormai centrale nel dibattito sulle situazioni giuridiche nel nuovo contesto costituzionale, di cui sono sicuro esempio probante, oltre ai contributi citati di NATOLI U., gli scritti di ROMANO SALV., voce *Abuso del diritto (diritto attuale)* in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 16 ss.; GIORGIANNI M., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; e, più di recente, MESSINETTI D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II agg., Milano, 1998, p. 1-22; dello stesso A., le quasi coeve “*Considerazioni introduttive*”, poi pubblicate in BRECCIA-BRUSCUGLIA-BUSNELLI (a cura di) *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 3-10. Infine, v. il recente *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto* di RESTIVO C., Milano, 2007.



Il dibattito apertosi nella dottrina del tempo, con diversità di accenti e conclusioni, impegnò personalità prestigiose: Crisafulli, Giannini, Pugliatti, Cesarini Sforza, Santoro Passarelli.⁶

Tra queste voci autorevoli s'inserì la lucida ricostruzione di Orazio Buccisano, allora giovanissimo e acuto allievo di Natoli, che con accenti di autentico impegno civile si schierò a sostegno della tesi della sindacabilità dei motivi del licenziamento. A quella conclusione conseguiva l'esigenza di conciliare la regola del codice civile (art. 2118) e la norma dell'art. 4 cost., nel senso che *“il prestatore di lavoro non vanta un vero diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro, ma un semplice interesse legittimo.”*⁷

2) La vicenda culturale della ricerca attorno al tema dell'interesse legittimo nel diritto privato, svoltasi col concorso anche di altri studiosi, ebbe successivi e crescenti sviluppi nella Scuola pisana, sempre ispirata agli insegnamenti di Ugo Natoli. Seguirono le riflessioni ad ampio spettro di Lina Bigliazzi Geri⁸. Secondo la visione dell'A., sensibile a istanze solidaristiche, l'utilizzazione della categoria concettuale dell'interesse legittimo nei rapporti tra privati avrebbe una valenza *“non solo astratta e teorica, ma concreta, perché apprezzabile sul piano pratico operativo”*.

⁶ I termini della questione e le posizioni della dottrina sono riassunti efficacemente in BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 219, nota 48, cui per brevità si rinvia.

⁷ BUCCISANO O., *Ancora sui limiti di validità del licenziamento con riferimento alla causa e ai motivi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, I, p. 155 ss.. Identificando come interesse legittimo l'aspirazione del lavoratore al conseguimento e al mantenimento di un posto di lavoro, il problema (sollevato dalla dottrina coeva) della compatibilità tra l'art. 4 Cost. (diritto al lavoro) e l'art. 2118 c.c. (possibilità per il datore di lavoro di recedere *ad nutum* dal contratto) veniva impostato e risolto da Buccisano in termini di contemperamento di interessi contrapposti: *“[...]Precisato che il prestatore di lavoro non vanta un vero diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro, ma un semplice interesse legittimo, questo riconoscimento attenua notevolmente l'incompatibilità che altrimenti sarebbe insuperabile tra l'art. 4 Cost. e l'art. 2118 c.c.; e questa attenuazione apre la via ad una conciliazione. L'interesse legittimo dei lavoratori a mantenere il loro posto di lavoro è compreso nel generale interesse dello Stato alla tutela del lavoro, essendo appunto la forza del lavoro il fondamentale componente della struttura sociologica della società attuale. Ma lo Stato ha del pari interesse a curare lo sviluppo dell'economia e l'incremento della produzione nazionale: il recesso dell'imprenditore dal contratto di lavoro risponde, a volte, ad una esigenza economico-aziendale. Nella contemperazione, dunque, dei due interessi superiori sta appunto la possibilità della conciliazione del legittimo interesse individuale dei lavoratori alla conservazione del posto e del diritto del datore di lavoro di recedere dal contratto, ovvero sia dell'art. 4 Cost. con l'art. 2118 c.c.”*

⁸ BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo*, cit.; ID., *Osservazioni minime su “poteri privati” ed interessi legittimi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, p. 259 ss.; ID., voce *Interesse legittimo: diritto privato* in *Digesto. Discipline privatistiche, Sez. Civ.*, IX, Torino 1993, p.527 ss.; ID., *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, p. 29 ss..



Tale categoria dogmatica, oggetto di potenziale tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 24, comma 1, 103, comma 1, e 113, comma 1, Cost., viene indicata come possibile e valida alternativa al diritto soggettivo, nell'intento di offrire riconoscimento e tutela giuridica ad interessi emergenti nella coscienza e nella realtà dei rapporti sociali, e tuttavia incapaci di rientrare negli schemi teorici del diritto soggettivo.

Alcuni interessi si affermano, infatti, nell'ambito di rapporti giuridici in cui al polo opposto si trova una situazione di potere, ossia di supremazia, di fatto o di diritto, cioè una "*posizione di forza*" riconosciuta e come tale protetta dall'ordinamento giuridico, che – rapportata all'ambito dei rapporti tra privati – è qualificabile come "*potere privato*".

Di fronte alle manifestazioni di potere privato (legittime perché, magari, assistite dalla tutela offerta col riconoscimento e l'attribuzione di un diritto soggettivo), ogni interesse contrapposto non dovrebbe ricevere alcun tipo di protezione, in quanto ad una situazione di potere (come quella del titolare di un diritto soggettivo) deve corrispondere una di dovere o, *lato sensu*, di soggezione. Tradizionalmente, l'atteggiamento tendenziale rispetto a tali interessi contrapposti al potere sarebbe stato quello di considerarli irrilevanti da un punto di vista giuridico. Da questa situazione discende che il potere privato restava libero e insuscettibile di controllo, col rischio di degenerare nell'arbitrio e nell'abuso; dall'altro lato, i soggetti portatori di interessi contrapposti a situazioni di potere si trovavano in condizione di mera soggezione nei suoi confronti, non disponendo di alcuno strumento giuridico per far valere la propria posizione.

Ma la condizione di soggezione cozza contro due fondamenti posti alla base del nostro attuale sistema: il principio di solidarietà e il principio di uguaglianza sostanziale (art. 2 e 3 Cost.).

Lasciare privi di ogni tutela giuridica una serie di interessi, apprezzabili sul piano sociale, giuridico ed economico, ma che non sarebbero da considerare rilevanti da un punto di vista giuridico (secondo la dogmatica tradizionale), per il fatto di essere contrapposti a situazioni comunque di potere (come quella in cui versa il titolare di un diritto soggettivo), significherebbe, nella ricostruzione offerta dalla Bigliazzi Geri, quasi creare spazi vuoti di giustizia, in stridente contraddizione con i valori fondanti dell'intero sistema politico-costituzionale.

Viceversa, accordare in una certa misura rilevanza giuridica a siffatte tipologie di situazioni, significherebbe porre degli argini a un uso potenzialmente indiscriminato del potere privato, rendendo più difficile la creazione delle condizioni per ipotesi di abuso, coerentemente col senso delle disposizioni costituzionali.⁹

⁹ Seguirono le meditate elaborazioni di colleghi ed allievi, ora pubblicate in BRECCIA-BRUSCUGLIA-BUSNELLI, *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., (a cura di). Il volume raccoglie i contributi di diversi studiosi, che hanno dato vita il 29 maggio 1998 a Pisa ad un convegno di studi organizzato in sua memoria. Alla luce degli sviluppi legislativi e giurisprudenziali intervenuti negli ultimi anni, la figura dell'interesse legittimo di diritto privato è stata ripensata e adattata ai nuovi contesti: così, attraverso il "*prisma*" dell'interesse legittimo, l'orizzonte si è ampliato e sono stati presi in esame istituti come il trattamento dei dati



3.1) Il quadro delle situazioni giuridiche soggettive è stato tradizionalmente delineato nell'ambito della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, intesa come spartiacque invalicabile, come se fosse una conseguenza necessaria l'attribuzione a ciascuno dei due settori di situazioni giuridiche esclusivamente proprie.

Il superamento di questa dicotomia rigida, espressione di un manicheismo giuridico prodotto da una visione bipolare del sistema sociale, è stato propiziato dall'insegnamento ricevuto e metabolizzato circa la contaminazione reciproca tra diritto pubblico e privato: basta il richiamo a PUGLIATTI (*“Teoricamente il problema è sempre risolubile, e la zona intermedia costituisce la collocazione provvisoria, come punto di partenza dell'analisi.”*)¹⁰; a GIANNINI,¹¹ a

personali, la potestà parentale, i processi decisionali delle organizzazioni private, la disciplina consumeristica, e la responsabilità civile nelle sue varie forme. Ma, forse, i temi trattati rappresentano un catalogo necessariamente aperto e suscettibile di integrazione, alla luce degli sviluppi determinati dall'articolazione dei poteri nel divenire dell'organizzazione sociale.

¹⁰ *“L'esigenza della distinzione viene enunciata con riferimento al diritto come ordinamento, e più precisamente come sintesi dinamica necessaria (o come dialettica) di due termini che, nella loro correlazione, costituiscono un'unità vivente e vitale, un organismo. Così dovrebbe ritenersi superata la manifestata preoccupazione per la quale la distinzione, presentandosi come netta antitesi, comprometterebbe la concezione unitaria del diritto, alla quale la scuola giuridica italiana è pervenuta in seguito a gravi lotte ed eroiche fatiche. Intesa infatti in questo modo, la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, <<non compromette la fondamentale unità dell'ordinamento giuridico: anzi la mette ancor meglio in evidenza>>, poiché è una distinzione interna che, mentre sottolinea gli elementi di differenza, svela il complesso di elementi di identità, che ne costituiscono la base comune.”* (PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 697).

¹¹ *“In conclusione il diritto amministrativo contemporaneo appare completamente dislocato rispetto a quello dello Stato censitario, ossia rispetto allo scorso secolo. Legato strettamente al diritto costituzionale, in progresso di collegamento con il diritto del processo di parti, conserva una sua zona autoritaria che si sta aprendo verso forme procedurali e convenzionali, e ha sviluppato la parte concernente l'organizzazione in norme sempre più perfezionate. Per il resto tende a divenire un diritto che trova i suoi moduli nel diritto privato, insieme al quale si avvia a ritornare un diritto unitario. Di questo acquista il carattere corale, allargato alla regolazione procedimentale dei rapporti tra le molteplici figure soggettive che nel mondo contemporaneo sono portatrici di diversi interessi pubblici; con ciò si sviluppa, nel diritto medesimo, una parte più propriamente concernente la composizione, in sede organizzativa, dei conflitti tra pubblici poteri. Non sempre questa vicenda è stata retta intesa. Anzi la maggior parte degli osservatori è colpita da un tratto, che attiene ad un modo di presentarsi esterno, e dice che il diritto amministrativo sta sempre più invadendo il territorio del diritto privato, restringendolo. Invece l'accertamento è più complesso, ed è che tanto la normazione di diritto amministrativo quanto quella di diritto privato tendono ad espandersi, ciascuna in zone che per il passato erano ritenute riservate ad una sola di esse; ciò porta al risultato che nei rapporti interprivati minori vale solo il diritto privato; nei rapporti intersoggettivi autoritativi maggiori vale solo il diritto amministrativo; in mezzo vi è una zona, costituita da rapporti interprivati maggiori e da quelli intersoggettivi dell'amministrazione non autoritativi, in cui si sta riformando un diritto unitario (o «comune»): vi sono cioè istituti regolati come fondo dalle norme che oggi diciamo del diritto privato, i quali presentano taluni aspetti propri, che oggi chiamiamo di diritto amministrativo. Tra qualche tempo si perderà il valore di queste denominazioni, e si avranno solo istituti come la vendita di aree urbane, l'appalto di opere pubbliche, il contratto di costruzione di navi, la concessione-conferimento di beni pubblici, e così via, nei quali le fattispecie astratte presenteranno indissolubilmente congiunte quelle parti che oggi noi distinguiamo, portati dalla storicità delle strutture mentali di giuristi della nostra epoca, anche se già ci possiamo render conto che nel reale i negozi interprivati maggiori sono così come congegnati da norme di diritto privato amministrativo (e tributario) insieme.*



NICOLO',¹² a GIORGIANNI,¹³ nella ricerca della definizione dei confini del diritto privato all'inizio degli anni sessanta.

L'importanza di quei contributi ha superato i confini dell'episodio scientifico ed essi sono diventati pietre miliari della riflessione giuridica.

La consapevolezza della sostanziale unitarietà del sistema giuridico, a fronte del continuo mutamento della linea di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato, ha indotto a riflettere sulla ragione, sulla natura, sui fattori generatori e regolativi della legge di sviluppo della distinzione tra le situazioni giuridiche. La loro diversità è stata ricercata in funzione ora dell'area di appartenenza (pubblica o privata) dei soggetti titolari; ora della materia cui esse afferiscono.¹⁴

Che questo sia nuovo o non nuovo, è problema probabilmente futile: forse al giurista basta constatare che è diverso." (GIANNINI M. S., voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 855 ss.).

¹² "Ci si può, a questo punto, rendere conto delle ragioni per le quali si va di recente affermando la tendenza a riconoscere operanti i principi del diritto civile anche per quelle situazioni soggettive e per quelle forme di attività dello Stato e degli enti pubblici che sono, nella sostanza strutturale, corrispondenti a situazioni e attività individuali. Certo si è sempre riconosciuto che il soggetto pubblico può essere titolare di situazioni e porre in essere attività di diritto privato, ma sul presupposto che in tali ipotesi il soggetto pubblico, quasi alienando la sua funzione connaturale, si ponesse sullo stesso piano del soggetto privato, in una posizione di eguaglianza, di carattere eccezionale rispetto alla normale posizione di supremazia di cui gode. Ma adesso non si tratta più di limitarsi a questa constatazione del resto ovvia, ma di porsi il problema se certe situazioni e certe forme di attività, qualificate come pubbliche, non solo in relazione al soggetto ma anche in considerazione del fine che ne giustifica rispettivamente l'attribuzione o la esplicazione (attuazione di un interesse pubblico), non siano invece da riportare, per la loro oggettiva configurazione, al diritto civile. Il pensiero corre a questo proposito alla cosiddetta proprietà pubblica, al cosiddetto contratto di diritto pubblico, e, con maggiore attualità, alle varie forme di impresa pubblica. È chiaro che questo ritorno alle origini, destinato ad avere un significato sostanziale che non si esaurisce nella semplice constatazione che quelle figure sono scaturite da una matrice comune, la proprietà, la impresa, il contratto, senza appellativi, non trova ostacolo in una eventuale differenziazione di disciplina che esse hanno rispetto alle corrispondenti situazioni del diritto civile. Una disciplina differenziata, per taluni aspetti, può esistere e anzi certamente esiste, ed è ampiamente giustificata dalla diversa finalità che sempre le situazioni soggettive e l'attività giuridica, che fanno capo al soggetto pubblico, tendono a realizzare, ma quel che conta è se si possa ritenere che la disciplina civilistica potenzialmente si estenda, là dove non è impedita da una speciale normativa, anche a quelle figure." (NICOLÒ R., voce "Diritto civile", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 904 ss.).

¹³ GIORGIANNI M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *R.T.D.P.C.*, 1961, p. 361 ss.

¹⁴ Riflette questa oscillazione metodologica l'invito alla cautela rivolto da PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico*, *cit.*, p. 745: "Che in concreto il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato fosse mutevole, si ammetteva e si ammette pacificamente, e con riferimento alla fase più recente, da tempo si parla di invasione del campo del diritto privato ad opera del diritto pubblico. Ma anche per questo aspetto si registra ormai una cristallizzazione, che non consente l'impostazione del problema, fuori della tirannia del rapporto tra i due termini, entrambi notevolmente irrigiditi: sì che si parla, tutt'al più, di una crisi del diritto privato, ad opera del diritto pubblico. Taluno ha tentato di rompere il cerchio della formula tradizionale, e di considerare il diritto privato nell'attuale momento storico, in relazione alla nozione che i dati storici concreti suggeriscono, e quindi determinarne il contenuto, con le ripercussioni e i riflessi che tale indagine può avere nei riguardi del diritto pubblico. Pure recentemente, si è affermato che la distinzione, oltre che con riferimento alle norme, singole o aggruppate, ed anche al sistema normativo, può essere posta con riferimento all'ordinamento giuridico, considerato non solo nel suo complesso, ma secondo un



Nel frattempo, le categorie classiche dei diritti assoluti e relativi mostravano significative evoluzioni e migrazioni verso poli distanti da quelli tradizionali:¹⁵ emergevano, per un verso, profili di assolutezza dei diritti relativi, grazie alle intuizioni ed agli studi sulla tutela aquiliana del credito e dei diritti di godimento;¹⁶ per altro verso, si articolava in modo nuovo la struttura tradizionale dei diritti reali assoluti e della proprietà in particolare.¹⁷

determinato orientamento dottrinale. Altri hanno chiarito che la distinzione può assumere aspetti vari e quindi risolversi in una pluralità di distinzioni, a seconda dei significati che si attribuiscono al termine «diritto» e agli obbiettivi in base ai quali la distinzione deve essere operata, ovvero, a seconda del piano su cui viene collocata: tecnico-giuridico, filosofico-giuridico, politico, sociologico.”

¹⁵ BUSNELLI F. D. (*La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964) osserva che “*il graduale passaggio da una economia statica...ad una dinamica... ha conferito importanza sempre maggiore ai diritti di credito, i quali possono considerarsi ormai come valori o beni patrimoniali, suscettibili, proprio in quanto tali, di essere danneggiati da terzi... di qui la tendenza, che va via via affermandosi, a ravvicinare i diritti di credito ai diritti reali agli effetti della loro tutela nei confronti dei terzi responsabili?*” (p. VI). Ma, andando oltre questo primo rilievo, l’A. fonda sulla struttura stessa del diritto di credito la sua suscettibilità di essere violato, e tutelato, in senso aquiliano: dopo un interessante *excursus* critico sulle varie teorie (*op. ult. cit.*, p. 3-45), osserva che la concezione classica, che insiste sulla correlazione tra posizione del creditore e del debitore, privilegia “*il profilo (potenzialmente) dinamico del diritto di credito*”, da cui, dunque, discende il logico effetto discriminatorio riguardo alla possibilità (ontologica) della lesione da parte di terzi.

Ma così non è riguardo all’aspetto “*statico*” del diritto di credito, rappresentato dall’interesse, in tutto e per tutto uguale (ontologicamente) a quello che è alla base del diritto reale. Né, tra l’altro, il fenomeno della soddisfazione del credito è necessariamente collegato a quello dell’adempimento; così come, del resto, l’adempimento può derivare da un terzo soggetto estraneo al rapporto obbligatorio. E, simmetricamente, “*può venire violato attraverso una vicenda diversa da quella dell’inadempimento e, quindi, da parte di un terzo estraneo*” (*op. ult. cit.* p. 47).

Le conclusioni sono rilevanti, in questa sede, proprio perché insistono non su un dato normativo contingente e legato ai tempi, bensì su costanti strutturali, siano esse del diritto di credito, dell’interesse o del diritto soggettivo.

Di “*forza erosiva del credito*” parlava BIGLIAZZI GERI L., *Evoluzione ed involuzione del diritto di proprietà*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani*, Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, 1991, p. 530-531.

¹⁶ Si vedano, al riguardo, le considerazioni della Corte di Cassazione (sent. n.500/99, citata in seguito con più ampie considerazioni): “*Un primo significativo passo in tale direzione è rappresentato dal riconoscimento della risarcibilità non soltanto dei diritti assoluti, come si riteneva tradizionalmente, ma anche dei diritti relativi (va ricordata innanzitutto la sent. n. 174/71, alla quale si deve la prima affermazione del principio, successivamente ribadita da varie pronunce, che esprimono un orientamento ormai consolidato: sent. n. 2105/80; n. 555/84; n. 5699/86; n. 9407/87)*”.

¹⁷ “*L’inattualità dei presupposti teorici ed ideologici dell’individualismo determina sul piano soggettivo la crisi della concezione monista della proprietà. L’insufficienza della visione astrattamente egualitaria ed omnicomprensiva del soggetto e la diversificazione dei momenti sociali, nei quali si compie la vicenda fruitiva, revocano in dubbio l’unitarietà del profilo soggettivo del fenomeno dominicale. Dall’altra parte, all’incremento delle varianti soggettive si aggiunge l’accentuazione della rilevanza delle peculiarità oggettive: il superamento dell’equivalenza dei beni, funzionale all’astrazione dello scambio, propone pure sul versante*



L'apparizione all'orizzonte di nuovi tipi di beni poneva (e pone) problemi non meramente tecnici, ma di grande impatto politico-sociale: infatti, non si tratta solo della loro qualificazione anche in funzione della soggettivazione del rapporto con l'ordinamento; ma soprattutto di scelte che impegnano a definire nuovi assetti di potere e determinano modifiche profonde nell'individuazione della legge di circolazione dei beni.

Al di là delle ovvie modifiche della nomenclatura corrente e della sua utilizzazione nel lessico legislativo aggiornato, le implicazioni sono enormi e toccano l'assetto di equilibri politico-economici, per la modifica dei quali è necessario un movimento sostenuto da spinte non occasionali. Come tutti i fenomeni che aspirino a trovare stabile traduzione in regole codificate, anche questo presuppone una sedimentazione e decantazione di modelli non effimeri, ma espressivi di tendenze (che siano almeno) in fase di consolidamento. Questa constatazione serve non a svalutare, ma a dare una lettura in chiave concreta della sorte toccata al tentativo di riscrittura delle norme del codice sui beni in generale, esposto alla precarietà dei rapporti politici del tempo in cui era stato avviato.¹⁸

oggettivo un'istanza di maggiore adesione al reale. Tali riscontri sociali e giuridici convalidano l'ipotesi del graduale ma irreversibile abbandono di una visione monistica della proprietà, come conseguenza del tramonto della società omogenea. La connessione tra profilo sociale e giuridico del momento fruitivo si coglie nella formula società pluralista e proprietà pluralista, quale espressione riassuntiva di questa tendenza.” (così nel nostro *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, p. 289).

¹⁸ L'istanza era stata avvertita anche in sede legislativa, visto che è stata costituita una Commissione di studio per l'elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del capo II del titolo I del libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate, per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni. (D. Min. Giust. 21.06.07).

I risultati di questo studio sono stati così sintetizzati:

“Art. 1(Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile).

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre parti dello stesso Libro per le quali si presentino simili necessità di riforma del diritto della proprietà e dei beni.

2. Le disposizioni della presente legge delega e quelle delegate, in quanto direttamente attuative dei principi fondamentali di cui agli articoli 1, 2, 3, 5, 9, 41, 42, 43, 97, 117 della Costituzione possono essere derogate o modificate solo in via generale ed espressa e non tramite leggi speciali o concernenti singoli tipi di beni.

3. Il decreto delegato è adottato, realizzando il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali:

a) Revisione della formulazione dell'art. 810 del codice civile, al fine di qualificare come beni le cose, materiali o immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti.

b) Distinzione dei beni in tre categorie: beni comuni, beni pubblici, beni privati.

c) Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche



pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato.

d) sostituzione del regime della demanialità e della patrimonialità attraverso l'introduzione di una classificazione dei beni pubblici appartenenti a persone pubbliche, fondata sulla loro natura e sulla loro funzione in attuazione delle norme costituzionali di cui all'art 1.2 così articolata: 1) beni ad appartenenza pubblica necessaria. 2) beni pubblici sociali. 3) beni pubblici fruttiferi.

1) I beni ad appartenenza pubblica necessaria sono quelli che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali. Non sono né usucapibili né alienabili. Vi rientrano fra gli altri: le opere destinate alla difesa; le spiagge e le rade; le reti stradali, autostradali e ferroviarie; lo spettro delle frequenze; gli acquedotti; i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale ed internazionale. La loro circolazione può avvenire soltanto tra lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali. Lo Stato e gli enti pubblici territoriali sono titolari dell'azione inibitoria e di quella risarcitoria. I medesimi enti sono altresì titolari di poteri di tutela in via amministrativa nei casi e secondo le modalità che verranno definiti dal decreto delegato.

2) Sono beni pubblici sociali quelli le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona. Non sono usucapibili. Vi rientrano tra gli altri: le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; le reti locali di pubblico servizio. E' in ogni caso fatto salvo il vincolo reale di destinazione pubblica. La circolazione è ammessa con mantenimento del vincolo di destinazione. La cessazione del vincolo di destinazione è subordinata alla condizione che gli enti pubblici titolari del potere di rimuoverlo assicurino il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati. Il legislatore delegato stabilisce le modalità e le condizioni di tutela giurisdizionale dei beni pubblici sociali anche da parte dei destinatari delle prestazioni. La tutela in via amministrativa spetta allo Stato e ad enti pubblici anche non territoriali che la esercitano nei casi e secondo le modalità definiti dal decreto delegato. Con la disciplina dei beni sociali andrà coordinata quella dei beni di cui all'art. 826, comma 2, del codice civile, ad esclusione delle foreste, che rientrano nei beni comuni.

3) Sono beni pubblici fruttiferi quelli che non rientrano nelle categorie indicate dalle norme precedenti. Essi sono alienabili e gestibili dalle persone pubbliche con strumenti di diritto privato. L'alienazione ne è consentita solo quando siano dimostrati il venir meno della necessità dell'utilizzo pubblico dello specifico bene e l'impossibilità di continuarne il godimento in proprietà con criteri economici.

L'alienazione è regolata da idonei procedimenti che consentano di evidenziare la natura e la necessità delle scelte sottese alla dismissione. I corrispettivi realizzati non possono essere imputati a spesa corrente.

e) definizione di parametri per la gestione e la valorizzazione di ogni tipo di bene pubblico. In particolare:



Nuove forme di appartenenza facevano intravedere un'articolazione ulteriore della categoria della realtà e cercavano adeguata espressione in modelli contrattuali idonei a proteggere la titolarità ed attuare lo scambio dei nuovi beni. Cadevano progressivamente gli steccati posti a garanzia del *numerus clausus* dei diritti reali; dottrina e giurisprudenza si impegnavano nella ricerca di regole idonee a disciplinare le operazioni economiche concluse tra soggetti operanti nel mercato, come produttori o consumatori.¹⁹

Le vicende della multiproprietà hanno fatto da apripista per una serie di figure negoziali più o meno nuove, certamente atipiche, diverse tra loro, ma convergenti verso lo scopo comune di operare la traslazione della ricchezza in tutte le sue forme: immobiliare, mobiliare, materiale, immateriale.

1) Tutte le utilizzazioni di beni pubblici da parte di un soggetto privato devono comportare il pagamento di un corrispettivo rigorosamente proporzionale ai vantaggi che può trarne l'utilizzatore individuato attraverso il confronto fra più offerte.

2) Nella valutazione delle offerte, anche in occasione del rinnovo, si dovrà in ogni caso tenere conto dell'impatto sociale ed ambientale dell'utilizzazione.

3) La gestione dei beni pubblici deve assicurare un'adeguata manutenzione e un idoneo sviluppo anche in relazione al mutamento delle esigenze di servizio.

4. Il decreto di cui al presente articolo è adottato nel rispetto della procedura di cui all'articolo 14 legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro della Giustizia congiuntamente con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con gli altri Ministri competenti per materia, acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

5. Lo schema di decreto legislativo adottato ai sensi del comma 1, è trasmesso alle Camere ai fini dell'espressione del parere da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario. Il parere è reso entro quarantacinque giorni dalla data di trasmissione dei medesimi schemi di decreto. Decorso tale termine, il decreto può essere comunque emanato.

6. Entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1, nel rispetto dei criteri e principi direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può emanare disposizioni integrative e correttive.

7. Dall'attuazione della presente legge non derivano nuovi oneri e maggiori spese a carico della finanza pubblica.”

L'anticipato scioglimento delle Camere nella primavera del 2008 ha segnato il destino di questa proposta, né si conosce, allo stato, quale sia la volontà della nuova maggioranza circa l'eventuale modifica della disciplina di questa materia.

I presupposti teorici della proposta e la valutazione delle sue possibili conseguenze, nonostante l'esito negativo, sono condensati nel lavoro collettaneo *Invertire la rotta, Idee per una riforma della proprietà pubblica*, (a cura di) U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Bologna, 2007.

¹⁹ Valga per tutti la vicenda della multiproprietà, che ha attraversato negli ultimi decenni il deserto della negazione del diritto di cittadinanza nel nostro sistema, nel quale finalmente è giunta e si è stabilmente insediata per l'obbligo, di derivazione comunitaria, di recepimento della direttiva 26/10/1994 n. 47 94/47/CE, avvenuto col D. Lgs. del 9 novembre 1998, n. 427 ed ora inserito nel c. d. Codice del consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005 n. 206) agli artt. 69-82.



In questo contesto dinamico, la dottrina ha faticato a rincorrere le novità, per inventariarle e ricomprenderle dentro gli schemi già noti, specie se venivano poste in discussione le basi stesse delle categorie della realtà e/o personalità dei diritti soggettivi.²⁰

Questa difficoltà è permanente, per la mobilità degli schemi utilizzati.

Non è il caso di farsi soverchie illusioni, perché le tecniche di contrattazione diventano sempre più sofisticate: ad es., in materia ha preso piede il contratto di *time sharing*, che sta trovando ampio sviluppo nella prassi contrattuale e che è di prossima regolamentazione in sede comunitaria.²¹

²⁰ E' significativo il fatto che il legislatore comunitario ha adottato una tecnica legislativa con norme definitorie (e, perciò, vincolanti), intervenendo proprio sulla qualificazione del diritto trasferito: v. "Definizioni Art. 69. 1. Ai fini del presente capo si intende per:

a) contratto: uno o più contratti della durata di almeno tre anni con i quali, verso pagamento di un prezzo globale, si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o trasferire, direttamente o indirettamente, un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento di uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana;

b) acquirente: il consumatore in favore del quale si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o di trasferire il diritto oggetto del contratto;

c) venditore: la persona fisica o giuridica che, nell'ambito della sua attività professionale, costituisce, trasferisce o promette di costituire o di trasferire il diritto oggetto del contratto; al venditore è equiparato ai fini dell'applicazione del codice colui che, a qualsiasi titolo, promuove la costituzione, il trasferimento o la promessa di trasferimento del diritto oggetto del contratto;

d) bene immobile: un immobile, anche con destinazione alberghiera, o parte di esso, per uso abitazione o per uso alberghiero o per uso turistico-ricettivo, su cui verte il diritto oggetto del contratto."

L'esigenza di evitare equivoci è avvertita in maniera così stringente, che si prevede espressamente: "Obblighi specifici del venditore Art. 72. 1. *Il venditore utilizza il termine multiproprietà nel documento informativo, nel contratto e nella pubblicità commerciale relativa al bene immobile soltanto quando il diritto oggetto del contratto è un diritto reale.*"...

²¹ Per alcune valutazioni critiche sul processo di relativizzazione del diritto reale del multiproprietario, v. il nostro *La pubblicità immobiliare tra regole formali e pratica illuminata*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, vol. II, Torino, 2012, p. 115 ss., dove si sottolinea che "l'attuazione in Italia della direttiva comunitaria n. 2008/122/CE del 14.01.2009 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 3 febbraio 2009) porrà nuovi problemi, anche per l'ampliamento dei tipi di beni ai quali è applicabile la disciplina sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi a prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e scambio."... "Si tratta di problematiche de iure condendo, da affrontare con la consapevolezza che è cresciuta l'esposizione a rischio del consumatore, in un contesto nel quale la traslazione della multiproprietà dall'area dei beni a quella dei servizi - che è il sottinteso ideologico sottostante alla politica del diritto espressa dalla nuova disciplina -, se comporta un oggettivo indebolimento della categoria della "realtà", non deve refluire a danno del consumatore stesso, esponendolo al rischio dell'evaporazione del diritto, con la transizione dal diritto reale verso obbligazioni di incerto e difficile adempimento.

Quella della multiproprietà si presenta come un'esperienza molto sensibile alla dinamica dei rapporti economico-sociali, se si tiene conto che, a distanza di soli quindici anni, si è proceduto ad una profonda revisione della disciplina. Ma l'ampliamento degli oggetti possibili delle fattispecie non deve condurre all'esito aberrante dell'indebolimento della protezione giuridico-sociale del singolo contraente, consegnandolo nelle mani di potenti gruppi economici.



Il risultato sarà la trasmigrazione della multiproprietà verso l'area del diritto personale di godimento, poiché l'acquirente in regime di *time sharing* non sarà titolare di un diritto reale, ma del diritto di credito ad un servizio reso a suo favore in contesti di tempo e di luogo variabili, perché sganciati dal dato materiale della collocazione spaziale del bene immobile (o mobile registrato) concesso in multiproprietà.

Come si vede, l'alternanza degli schemi dei diritti soggettivi è indice di mobilità di assetti e di tecniche di attuazione e circolazione del potere economico, sicché le esigenze di flessibilità dello schema fruitivo si affermano anche a discapito dell'acquirente. Questi abdica (non si sa quanto coscientemente) alla protezione nascente dalla natura reale del diritto e dalla sua opponibilità ai terzi con la trascrizione, in cambio dell'ampliamento della gamma delle scelte sulle modalità, i tempi, l'ubicazione e la permutabilità del diritto.

Sembra che il rapporto tra diritti reali e personali di godimento abbia accentuato i tempi della sua (non nuova) ridefinizione e riproduca l'andamento retrogrado di un "*canone inverso*", in cui il ritmo del mutamento è scandito dal bisogno contingente di attuazione di una forma variabile di appartenenza, anziché di una forma di godimento standardizzata.

La tipizzazione del diritto reale è ritenuta più una gabbia che una corazza e, stranamente, a meno di venti anni di distanza dalla direttiva comunitaria, che sembrava aver protetto al meglio il potenziale acquirente in multiproprietà con la tecnica della tutela reale, avvengono due fenomeni paralleli e non sottovalutabili:

- 1) l'attrazione della multiproprietà nell'area del diritto dei consumi, come se il bene immobile sia un bene di consumo, così debilitandone la figura anche nell'immaginario collettivo;
- 2) la contrapposizione di un modello alternativo e socialmente vincente, come il *time sharing*, che fa riguadagnare spazi alle forme di godimento di natura personale.

Forse una conclusione è prematura e la vicenda andrà verificata alla luce dell'esperienza del futuro prossimo venturo, ma sembra sempre in agguato l'aspirazione liberista a sperimentare tecniche e figure contrattuali atipiche, costringendo l'ordinamento a subirne la presenza, prenderne atto e regolamentarle.

Nel caso della multiproprietà, sembra cogliersi il senso della nemesi del mercato, che con la nuova figura del *time sharing* reintroduce la relativizzazione di un diritto, che faticosamente si era riusciti a ricondurre all'area dei diritti reali, dopo che per tanto tempo aveva dovuto sostare al di qua delle colonne d'Ercole del *numerus clausus* dei diritti reali.

L'area della proprietà e dei diritti reali è quella più esposta al cambiamento determinato dalla legislazione consumeristica, ancor prima della sua recente codificazione.

La dottrina sta riflettendo sulla portata del fenomeno della c.d. "consumerizzazione del diritto civile" il cui significato sostanziale è ancora da approfondire e da esplorare in tutte le sue implicazioni metodologiche e pratiche, perché non resti un'espressione "ad effetto", senza restare prigionieri del fascino dell'assonanza con la formula, ormai famosa, coniata per descrivere il fenomeno – per tanti aspetti parallelo – della "commercializzazione del diritto civile".



Ancora una volta la spinta irrefrenabile dei fatti economici forza il blocco degli schemi e ripropone domande, vecchie e nuove, di giustizia poste dai singoli contraenti.

Il pendolo della distinzione teorica tra diritti reali e personali di godimento continua la propria oscillazione permanente lungo l'asse della categoria generale ed omnicomprensiva dell'appartenenza, le cui modulazioni e graduazioni mettono in continua discussione l'attualità degli schemi formali e delle figure tipizzate.²²

Quel che sembrerebbe ormai un dato acquisito è esposto al rapido cambiamento, all'obsolescenza delle categorie, in modo più accelerato che nel passato, perché il conflitto permanente tra gl'interessi in gioco ha ristretto i tempi di oscillazione tra le polarità concettuali contrapposte: non è un caso nuovo, ma si conferma la centralità del fattore "tempo" nella strutturazione dei diritti di godimento dei beni, la cui trasmigrazione dall'area della natura obbligatoria a quella della realtà è stata e resta legata non tanto e solo all'opponibilità del diritto *erga omnes*, ma alla sua stabilità nel tempo.²³

3.2) Dalle prime intuizioni circa l'esistenza d'interessi legittimi di diritto privato si è pervenuti alla loro pacifica consacrazione anche nei manuali di diritto civile.²⁴ Ma la tappa più recente e significativa, è stata il riconoscimento del diritto alla tutela risarcitoria degl'interessi legittimi di diritto pubblico nella sentenza n. 500 del 1999, il cui impianto argomentativo, come enunciato, a tutt'oggi, conserva la sua validità e fondatezza.²⁵

²² In questi termini veniva impostato il problema nel nostro *Nuovi rapporti tra proprietà e controllo. Le graduazioni dell'appartenenza dei beni*, in *Studi per Lorenzo Campagna*, Milano, 1982 ora in *Proprietà e società pluralista*, cit., p. 221 ss.

²³ V. il nostro *Proprietà e società pluralista*, cit., p. 45 ed ivi, in nota 41, GROSSI P., *Locatio ad longum tempus*, Napoli, 1963, *passim*, spec. 148 ss.; ID., *Le situazioni reali*, cit., 111 ss., 209 ss., e pag. 95, per la definizione della durata come "forza fondante del nuovo assetto agrario altomedievale"; GALLONI, *Rilievo dell'impresa*, cit., 568-69, 584; COMPORATI, *Il profilo reale*, cit., 533 ss.. Coglie il senso storico dell'evoluzione, quasi ciclica, dei rapporti agrari da obbligatori a reali, per il decorso del tempo, BASSANELLI, *Il lavoro come fonte*, cit., 608, 617. Proficue indicazioni sono presenti, sulla scorta dell'esperienza francese, In DE VITA, *La proprietà*, cit., 116 ss., dove si riflette sul fenomeno dell'incidenza della legislazione speciale sulla durata del rapporto e sulla qualificazione dogmatica.

²⁴ Ad es.: GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XII ed. agg., Napoli, 2006, p. 73-76; ZATTI P., *Manuale di diritto civile*, Padova, 2007, p. 67; STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, Torino, 2006, p. 50-51; BOCCHINI F.-QUADRI E., *Diritto privato*³, Torino, 2008, p. 111 ss., spec. p. 113-114.

²⁵ V. Cass. Civ., sez. I, 8 febbraio 2007, n. 2771. La giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa (Ad. Plen. Cons. St., ord. n. 1/2000), nonostante i diversi approcci metodologici dettati dalle esigenze di coerenza col caso concreto, non si è mai fondamentalemente distaccata dal nucleo forte dei risultati, cui si era pervenuti nella citata Cass. Civ., S.U., 22-7-1999, n. 500, in *Giust. Civ.*, I, p. 2261 ss. Essa ha influenzato notevolmente la giurisprudenza successiva ed è stata oggetto di grande dibattito nella dottrina, che ne aveva anticipato e sollecitato le scelte (BUSNELLI F. D., *Lesione di interessi legittimi dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e responsabilità*, 1997, p. 269 ss.); e, dopo, l'ha sottoposta a penetranti valutazioni dal



punto di vista sostanziale e processuale: BILE F., *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. Civ. e prev.*, p. 987 ss.; ALPA G., *Il rèveirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, fasc. 4-5, p. 907-921; CUGURRA G., *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, *ivi*, p. 922-929; CARANTA R., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, *ivi*, p. 930-957; ID., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 ss.; PROTTO M., *Crolla il muro dell'irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1067 ss.; DELFINO B., *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, in *Foro amm.*, 1999, p. 1990; CAIANELLO V., *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, *ibidem*; AGRIFOGLIO S., *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1221 ss.; CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, *ibidem*.

V. conforme, T.A.R. Puglia, sez. II, 17-1-2000, n. 169, in *Foro it.* 2000, III, p. 481 con nota di FRACCHIA F., *Risarcimento danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a "risultato garantito"?* in *Foro it.*, 2000, fasc. 9, pt. 3, p. 479-485; ID., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, fasc. 11, pt. 1, p. 3212-3221; T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 21-2-2001, n. 810, in *Foro amm.* 2001 con nota di DELFINO B., *A proposito della nozione di urbanistica ex art. 34, d. lg. n. 80 del 1998 e della tutela risarcitoria "pura" dinanzi al giudice amministrativo* in *Foro amm.*, 2001, fasc. 6 (giugno), p. 1743-1755; Cons. St., sez. V, 6-8-2001, n. 4239, in *Urbanistica e appalti* 2001, 1211 con nota di PASSONI M., *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*, *ivi*, 1219-1225; ed in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 956 con nota di VERZARO S., *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione. Il "contatto amministrativo" convince il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.* 2001, 5, p. 975; T.A.R. Sicilia, sez. I, Palermo, 22-11-2002, n. 3967 con nota di DELFINO B., *Ma è davvero divisa la giurisprudenza sulla necessaria pregiudizialità dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo rispetto all'ammissibilità dell'azione di risarcimento danni contro la p.a.?*, in *Foro amm.* TAR 2002, 11, p. 3800. Vedi, inoltre, PIZZETTI F. G., *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2000, fasc. 7, p. 1381-1392; GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, fasc. 5, p. 1126-1131; SORICELLI G., *Appunti su una "svolta epocale" in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, p. 349; SALEMME A.-CARPINELLI C., *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro Amm.* 2000, 6, p. 2062; TARULLO S., *Le prospettive risarcitorie del danno "ingiusto" cagionato dalla p. a. tra il D. Lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1999, fasc. 6-7, pt. 3, p. 597-644; CAPRIGLIONE F., *Responsabilità e autonomia delle Autorità di controllo del mercato finanziario di fronte alla "risarcibilità degli interessi legittimi"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, fasc.1, pt. 2, p. 26-34; LINGUITI, *Attività amministrativa e risarcimento del danno*, in *Rass. avv. St.*, 1999, I, p. 408; DI MAJO A., *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.*, 1999, fasc.11, p. 1367, 1376-1381; MARICONDA V., *« si fa questione d'un diritto civile... »*, *ivi*, p. 1367, 1381-1386; ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, *ivi*, p. 3222-3225; BONANNI P., *Il risarcimento dei danni in bilico tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in T.A.R. 1999, fasc. 5-6, pt. 2, p. 239-243; MOSCARINI L. V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'ad. plen. del Consiglio di stato 2 gennaio 2000*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 1, p. 1; ID., *Svolta della S. C. sulla risarcibilità degli interessi legittimi: un problema*



Ma è il punto di arrivo finale.²⁶ La domanda è di tale entità, che impone una risposta saldamente ancorata ai principi e collocata nel sistema delle nozioni fondamentali attualmente accettate. Anzi, prima ancora s'impone una revisione critica alla luce delle impostazioni correnti.

Alcune istanze ed osservazioni autorevoli meritano di essere evidenziate.

Sul piano processualistico, è significativa l'ipotesi che non sia più attuale la distinzione tra giurisdizione ordinaria e amministrativa.²⁷

A monte di questo rilievo si colloca la posizione critica di chi,²⁸ ripercorrendo le tappe teoriche della concezione moderna del diritto soggettivo, segnala il fenomeno anomalo della

tutt'ora aperto, in *I contratti*, 1999, p. 11 ss.; ID., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Giur. it.*, 2000, I, p.1 ss.; TORCHIA L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.* 1999, 9, p. 832-850; PARISIO V., *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, appalti e natura delle posizioni giuridiche soggettive*, in *Giust. civ.* 2003, 2-3, p. 93; ID., *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Cass., Sez. Un., Civ. n. 500 del 1999*, in *Riv. giur. edilizia* 1999, 6, p.1239; CARBONE V., *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. giur.* 1999, 9, p. 1061-1062. V. il recente ampio commento in CARINGELLA F., *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, 797 ss.; ID., *Compendio di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Roma, 2012, p. 570 ss..

²⁶ La risposta è decisamente negativa per BUSNELLI F. D. (*Dopo la sentenza n.500. La responsabilità civile oltre il 'muro' degli interessi legittimi*, in *I seminari della "civile" sulla sentenza n. 500/1999 delle s. u.*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335 ss., spec. p. 336), che rileva: "Si tratta allora di interrogarsi sul futuro guardando al passato... di prefigurare un itinerario ancora tutto da percorrere, saldandolo tuttavia al tratto di strada già percorso...". Proprio il serrato confronto critico condotto dall'A. rispetto ad alcune impostazioni, esplicite o sottintese, contenute nella stessa sentenza o nella dottrina, precedente e successiva, lasciano intravedere il notevole impegno ancora occorrente per riordinare il quadro concettuale in tema di tutela risarcitoria di situazioni giuridiche soggettive. Ciò è ancor più vero, considerato l'ampio spettro dell'analisi condotta dall'A., attento alle conseguenze applicative della sentenza ed all'instaurazione di un rapporto corretto con regole e teorie provenienti da altri ordinamenti europei.

GAMBARO A., *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello stato*, *ivi*, p. 355 ss., definisce "epocale" la sentenza, perché si potrebbe dire che "il problema che si discioglie ... è innanzitutto il destino del diritto civile dello Stato, anzi, ... attiene alla fine del diritto civile dello Stato come categoria storica, posto che essa è stata la matrice in cui il problema della mancata tutela aquiliana degli interessi legittimi si è incastonato" (p. 377-378).

²⁷ PROTO PISANI A., *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa* *ivi*, p. 775 ss., nota criticamente: "Alla luce dei rilievi svolti nei paragrafi precedenti, diviene davvero legittima la domanda del perché debbano continuare a coesistere nello stesso ordinamento, per le controversie tra cittadini e pubblica amministrazione, due giurisdizioni che conoscono o possono conoscere delle stesse norme..., che ... trattano le controversie secondo procedure molto simili, ma che si differenziano radicalmente quanto a composizione del giudice..." (p. 786); "... poche contrapposizioni abbiano arrecato danni alla tutela dei cittadini come quella tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Il vero problema non è nella definizione delle situazioni soggettive, bensì delle forme di tutela di cui esse godono...tutte queste situazioni giuridiche soggettive, tra di loro notevolmente diverse quanto a protezione possono essere chiamate con lo stesso nome, o per convenzione terminologica con nomi diversi." (p.787-788).



prevalenza del profilo della tutela sulla sostanza della situazione protetta; ovvero, muove dall'esigenza di un chiarimento metodologico, per evitare che la distinzione operata dalle S.U. sia frutto di una mera "sovrapposizione tautologica".²⁹

La risarcibilità dell'interesse legittimo è un dato ormai acquisito e metabolizzato dal sistema, con le opportune cautele e indicazioni. In questo senso: "...ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale." Addirittura, con riferimento agli interessi legittimi pretensivi "[...] la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta".

Si potrebbe dire che la sentenza n.500/1999 ha risposto in maniera articolata al quesito sull'*an* (risarcibilità dell'interesse legittimo); e che essa rappresenta il risultato attuale dell'evoluzione dell'esigenza di ottenere da parte del giudice amministrativo la soddisfazione di istanze di giustizia, provenienti da più parti, rispetto all'operato della P.A.

In questo contesto, sono mutati concezione e ruolo della giurisdizione amministrativa: da "giudice dell'amministrazione" (com'era stato delineato dal D. Lgs. n. 80/1998) è diventato "giudice della funzione pubblica", che giudica l'amministrazione-autorità, in seguito alla l. n. 205/2000 e alla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale³⁰.

²⁸ FALZEA A., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, p. 679 ss., nota: "Allorché, dunque, i giudici delle Sezioni Unite condizionano l'ammissione dell'interesse legittimo alla tutela risarcitoria al fatto che esso si presenti come interesse ad un bene della vita tutelato dal diritto positivo, non fanno altro che costruire tale condizionamento in funzione della circostanza che l'interesse si atteggi come diritto soggettivo. Così portando alle conseguenze necessarie l'orientamento giurisprudenziale che, al fine di applicare agli interessi legittimi la tutela risarcitoria, li ha configurati – e non, come si esprimono i giudici delle Sezioni Unite, trasfigurati – quali diritti soggettivi; nonché quell'orientamento dottrinale che suggerisce di sfumare, fino ad annullare, la distinzione tra le due figure prospettando la esistenza di <interessi legittimi quasi-diritti> e la indifferenziazione dei diritti soggettivi diversi da quelli fondamentali rispetto agli interessi legittimi?" (p. 681). Il richiamo è alla nota tesi esposta da NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

Condivide la riconduzione degli interessi legittimi protetti nell'area dei diritti soggettivi BIANCA C. M., *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Seminari*, *cit.*, p. 689 ss., spec. p. 693, il quale nota che essa: "... risponde ad un'esigenza di ordine sistematico, non essendo più giustificata la conservazione di un'autonoma categoria di posizioni giuridiche di grado inferiore. Il nuovo inquadramento sistematico significa che al cittadino va riconosciuta nei confronti dell'Amministrazione la stessa tutela che gli spetta nei rapporti privati. Questa tutela si esprime ancora fundamentalmente nell'idea di diritto soggettivo."

²⁹ OPPO G., *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *I seminari*, *cit.*, p. 391 ss.

³⁰ La sentenza è stata subito oggetto di notevole attenzione da parte della dottrina, sia per le rilevanti conseguenze in tema di giurisdizione, sia per i profili sostanziali evidenziati, com'è agevole verificare dai



In quest'ordine d'idee, la giurisprudenza successiva alla sent. n. 500/1999, una volta affermato il principio della risarcibilità, si è concentrata più sul *quomodo* della tutela, affrontando singole problematiche legate all'applicazione e alle conseguenze pratiche del principio, come - ad es.- le modalità del risarcimento (per equivalente o in forma specifica), la definizione di criteri di quantificazione del danno risarcibile, l'ammissibilità di un risarcimento per la perdita di *chance*,³¹ l'individuazione di specifici criteri di definizione della colpa della P.A.

Ma su tutte spicca la questione della c. d. "*pregiudiziale amministrativa*", che è diventata il terreno di scontro tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, in quanto quest'ultima rivendica una competenza prioritaria per definire i profili di legittimità dell'atto, in mancanza dei quali soltanto (e, quindi) eventualmente si potrà porre un problema di risarcimento. Il punto di contatto tra le due tesi è dato dal riconoscimento che l'esistenza e l'entità del risarcimento restano sempre subordinate ai limiti posti dalla stessa sent. n. 500/1999 delle Sezioni Unite.³²

molteplici commenti che l'hanno immediatamente seguita nel giro di pochi mesi: SANDULLI M. A., *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, p. 1230-1234; TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, fasc. 10, pt. 1, p. 2598-2605; FRACCHIA F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2004, fasc. 10, pt. 1, p. 2605-2608; MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214 ss.; DE MARZO G., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la Corte Costituzionale*, in *Riv. amm. R. It.*, 2004, p. 969 ss.; SANDULLI P., *L'analisi "critica" della Corte costituzionale sulla giurisdizione per materia*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2217-2236; DELLE DONNE C., *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n.204 del 2004: il ritorno al "nodo gordiano" diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p.2237 ss.; ANGELETTI A., *A proposito della sentenza della Corte costituzionale sulla giurisdizione esclusiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 1003; CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n.204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 799; VILLATA R., *Leggendo la sentenza n.204 della Corte Costituzionale, in*, p. 832 ss.; MARZANO L., *La Corte costituzionale restituisce i comportamenti di cui all'art. 34, d. lg n. 80 del 1998, al giudice ordinario: in tema di occupazione appropriativa una pronuncia inutiliter data*, in *Foro amm.*, CDS 2004, p. 2475; LOMBARDO F., *Prime riflessioni sul tema della effettività della giustizia amministrativa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Riv. corte conti*, 2004, 4, p. 169.

³¹ Su questo profilo risarcitorio, v. le critiche di BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza, cit.*, p. 345 ss.

³² "La c.d. *pregiudiziale amministrativa* trova ratio in avvertite esigenze di controllo, convenientemente sollecitate dalle azioni impugnatorie, della legittimità e della trasparenza dell'azione autoritativa e, d'altra parte, consente il compiuto rilievo degli interessi collettivi e generali coinvolti, rilievo che sarebbe certamente monco e claudicante, anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva, pur sempre relativa anche ad interessi legittimi e a diritti «degradati», nell'ambito di un processo di solo tipo risarcitorio." Come si vede, il Consiglio di Stato (Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro amm.* CDS, 2007, 10, 2756) ha resistito a lungo, nonostante il chiaro tenore delle diverse sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione, come la ben nota sent. n. 500/1999 ("Nelle materie non assoggettate dal D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come ora in quelle ora assoggettate a tale giurisdizione esclusiva ma nelle quali la domanda di danni sia stata azionata prima dell'entrata in vigore del nuovo riparto di giurisdizione, appartiene al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno subito dal privato per effetto di un provvedimento autoritativo dichiarato illegittimo dal giudice amministrativo e come tale annullato, anche se il danno è conseguente alla lesione di una



E' il problema del rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo dopo la sent. n. 500/99, che ha negato il nesso di necessità logica tra le due forme di protezione. Ma la pregiudizialità amministrativa ha continuato ad interessare, con diversi esiti, la

posizione giuridico - soggettiva di interesse legittimo. In tali situazioni il giudice ordinario è svincolato dalla c.d. "pregiudiziale amministrativa": può cioè conoscere della illegittimità del provvedimento autoritativo lesivo per disapplicarlo ai fini dell'accoglimento della pretesa risarcitoria senza essere vincolato alla pronuncia del giudice amministrativo." in Giur. it., 2000, 1380, con nota di PIZZETTI F. G.).

A questa decisione sono seguite altre, che hanno tratto le dovute conseguenze, anche in tema di decorso della prescrizione, circa l'inesistenza della pregiudiziale amministrativa: "Nel sistema normativo conseguente alla l. n. 205 del 2000, l'autonoma domanda risarcitoria proposta nei confronti della p.a. per attività provvedimentoale asseritamente illegittima - e che, dunque, investe, in linea di principio, una posizione di interesse legittimo - va rivolta al giudice amministrativo, il quale non può rifiutarsi di esercitare su di essa la propria giurisdizione a motivo della mancata pregiudiziale impugnazione del provvedimento del quale si predica l'illegittimità." (Cass. civ., S. U., 16 novembre 2007, n. 23741, in *Foro amm. CDS* 2007, 11, 3091); "La possibilità di agire per il risarcimento del danno ingiusto causato da atto amministrativo illegittimo senza la necessaria pregiudiziale impugnazione dell'atto lesivo, sussistente già prima che l'art. 35 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205, concentrasse nella cognizione del g.a. la tutela demolitoria e quella risarcitoria, comporta che il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento decorre dalla data dell'illecito e non da quella del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento da parte del giudice amministrativo, non costituendo l'esistenza dell'atto amministrativo un impedimento all'esercizio dell'azione. Peraltro, la domanda di annullamento dell'atto proposta al g.a. prima della concentrazione davanti allo stesso anche della tutela risarcitoria, pur non costituendo il prodromo necessario per conseguire il risarcimento dei danni, dimostra la volontà della parte di reagire all'azione amministrativa reputata illegittima ed è idonea ad interrompere per tutta la durata di quel processo il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria proposta dinanzi al g.o., dovendosi al riguardo fare applicazione del principio, affermato da Corte cost. n. 77 del 2007, per cui la pluralità dei giudici ha la funzione di assicurare una più adeguata risposta alla domanda di giustizia e non può risolversi in una minore effettività o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale." (Cass. civ., S. U., 08 aprile 2008, n. 9040, in *Foro amm. CDS* 2008, 4, 1050); "Posto che la giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo deve essere in concreto identificata non già in base al criterio cosiddetto della soggettiva prospettazione della domanda (ossia in base alla qualificazione compiutane dall'interessato), ma alla stregua del "petitum" sostanziale individuato dagli elementi oggettivi che caratterizzano la sostanza del rapporto giuridico posto a fondamento delle pretese, va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla domanda con la quale un candidato ad un concorso di professore universitario di prima fascia chiede il risarcimento del danno da perdita di chance, in relazione al pregiudizio della propria posizione nel procedimento di valutazione comparativa a causa della illegittima nomina suppletiva, a seguito della intervenuta decadenza di un membro della commissione esaminatrice, di altro componente in luogo della sostituzione della intera commissione. Nella controversia in esame - il cui oggetto si individua in una denuncia di illegittimità di una serie di atti amministrativi attinenti al concorso per la nomina a professore universitario, cui l'attore ricollega eziologicamente la richiesta di risarcimento dei danni - trova infatti applicazione il disposto dell'art. 68, comma 4, del d.lg. n. 29 del 1993, sostituito dall'art. 29 del d.lg. n. 80 del 1998, ed ora dall'art. 63, comma 4, del d.lg. n. 165 del 2001, in base al quale restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Detto giudice, a norma dell'art. 7, comma 3, della legge n. 205 del 2000, ha altresì il potere, anche nelle controversie che rientrano nella giurisdizione generale di legittimità, e non solo in quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, in tal modo concentrandosi in un unico giudizio le questioni relative all'annullamento degli atti illegittimi e quelle attinenti al ristoro dei danni da questi determinati, senza che all'uopo sia necessaria in via pregiudiziale la declaratoria di illegittimità del provvedimento, ed eliminandosi altresì il pericolo di contrasto tra giudicati." (Cass. civ., S. U., 26 maggio 2004, n. 10180, in *Foro amm. CDS* 2004, 1319).



giustizia ordinaria come quella amministrativa, ponendosi all'attenzione dei giudici problemi sempre nuovi di coordinamento tra i due apparati rimediali.³³

Fuori dal campo della giurisdizione esclusiva, il rapporto di priorità logico-giuridica tra potere di accertamento dell'illegittimità dell'atto e annullamento, rispetto al potere di accertamento del danno e condanna al risarcimento, è stato la linea estrema di difesa dell'ambito di pertinenza del giudice amministrativo. Esso ha impostato il ragionamento sul presupposto di una consequenzialità necessaria tra accertamento dell'illegittimità, rimozione dell'atto illegittimo, cui è subordinato il risarcimento eventuale, in caso di richiesta specifica e assistita dai presupposti e dalla prova circa l'*an* e il *quantum*.

L'ingresso della tecnica risarcitoria mutuabile dall'applicazione dell'art. 2043 c. c., inteso come norma a carattere generale, era ritenuto l'ultima fase del procedimento di restaurazione della legalità violata.

Viceversa, la soluzione che appare conclusiva del dibattito giurisprudenziale, risultante dalla sent. 3 novembre 2008 n. 26374 delle S.U., muove dal presupposto che nelle materie estranee alla giurisdizione esclusiva, al cittadino sia sempre consentito scegliere tra la tutela demolitoria (ed, eventualmente, la domanda di risarcimento), ovvero la sola tutela

³³ Si vedano: TAR Friuli Venezia Giulia n. 903/1999; ID., n. 179/2001; TAR Campania n. 603/2001; Cons. St., sez. IV, n. 952/2002; ID., n. 3338/2002; ID., Ad. Plen., n. 4/2003; ID., sez. V, n. 4645/2006; Cass. Civ., sez. II, n. 4538/2003; Cass. S.U., ord. n. 13659/2006); in generale, in materia di risarcimento da lesione di interessi legittimi: TAR Puglia, n. 169/2000; TAR Sicilia, n. 38/2000; Cons. St., n. 3177/2000; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 400/2000; Cons. St., n. 244/2000; Cons. St. Ad. Plen., n. 2/2003; TAR Lombardia, n. 5049 del 23/12/1999; TAR Puglia, n. 1401/2000; TAR Veneto, n. 6345/2002; TAR Valle d'Aosta, n. 2/2000; TAR Abruzzo-Pescara n. 86/2001; TAR Sicilia, n. 802/2002; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 824/2002; TAR Abruzzo, n. 609/2001; TAR Lombardia, n. 1869/2000.

Sembra che si voglia ribadire in termini conclusivi il punto di vista favorevole alla pregiudizialità, quando si afferma (Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 954): *“Sul punto, i primi giudici hanno, invero, giustamente ricordato che la giurisprudenza ha in proposito rilevato che, una volta decaduto un vincolo di inedificabilità, per il decorso del termine quinquennale di efficacia stabilito dall'art. 2 della L. 19 novembre 1968 n. 1187, se il Comune non abbia provveduto a pianificare nuovamente quell'area, il proprietario può sì pretendere il risarcimento dei danni causati dal protrarsi dello stato di incertezza sull'impiego del bene, ma tale domanda risarcitoria presuppone però che il Comune sia rimasto inerte anche dopo che ne sia stato accertato giudizialmente il silenzio da parte del giudice amministrativo (cfr. Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2003, n. 14333). Nella specie, come rilevato dai primi giudici, i ricorrenti non hanno diffidato in tal senso il Comune, per cui il ritardo in questione non comporta di certo l'obbligo di risarcire il danno, qualora il privato, come nella vicenda ora all'esame, abbia ommesso di far costatare l'inattività della Pubblica Amministrazione, nella sostanza prestando acquiescenza a tale inattività.”*

Ma la giurisprudenza amministrativa sembra ormai aderire alla posizione espressa dalle S. U.: *“Questo Consiglio ha in effetti abbandonato la tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa – secondo cui la domanda risarcitoria postula, quale condizione di sua ammissibilità, il previo annullamento dell'atto amministrativo che ha prodotto il pregiudizio patrimoniale – per aderire all'interpretazione indicata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a partire dall'ord. 13 giugno 2006, n. 13659: in tal senso, cfr. le decisioni 18 maggio 2007, n. 386, e 15 giugno 2007, n. 485, di questo Consiglio.”* (C.G.A. Sicilia, 16 settembre 2008, n. 762).



risarcitoria, previo accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto, che non viene annullato.³⁴

Rispetto a questa prospettiva, la duplicazione dei piani autonomi di tutela, che consente la sopravvivenza di atti illegittimi (seppur dichiarati tali solo in via incidentale), ha sollevato le critiche di chi ritiene che l'ordinamento non possa rimettersi alla scelta del privato circa il rispetto del principio di legalità,³⁵ pur nella consapevolezza che la possibilità di accertamento incidentale e conseguente disapplicazione dell'atto illegittimo è risalente alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 (art. 4 e 5 della L.A.C. n. 2248/1865, all. E).

Va, però, segnalato il diverso senso di marcia delle due ipotesi: nel caso di accertamento incidentale dell'illegittimità ai fini del risarcimento, si riconosce il diritto al ristoro per la lesione subita a seguito dell'adozione dell'atto illegittimo; viceversa, nel caso della disapplicazione ex art. 5, si nega al richiedente il beneficio che potrebbe derivare dall'applicazione dell'atto illegittimo.

Non vi è dubbio che la scelta della Corte di Cassazione ha preso le mosse dalla volontà di ampliare il novero e le potenzialità di forme elettive di tutela, lasciando al cittadino la scelta del terreno di confronto giudiziale: egli può aver interesse alla sola reintegrazione della propria sfera giuridica (in termini patrimoniali e non patrimoniali), lasciando all'organo

³⁴ "Ebbene anche in tale seconda ipotesi, e proprio in forza di tale esigenza inequivoca quanto ragionevole della concentrazione, la tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, per il disposto del D.Lgs. 31 febbraio 1998, n. 80, art. 35, comma 4, come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, deve essere chiesta al giudice amministrativo: e ciò deve essere fatto a completamento della tutela demolitoria, tanto contestualmente, quanto dopo l'annullamento dell'atto amministrativo, quanto ancora anche in via autonoma e prescindendo dall'annullamento dell'atto (come da questa Corte affermato ex multis nelle sentenze nn. 14842 e 13659 del 2006 e n. 444 del 2008)."

³⁵ "Qualora si ammettesse la risarcibilità del danno prodotto da un provvedimento che non sia stato oggetto d'annullamento (in via giurisdizionale o d'ufficio), ne conseguirebbe sostanzialmente l'elusione del termine decadenziale apprestato per l'impugnazione dall'art. 21 l. n. 1034 del 1971 e, soprattutto, l'ammissione di un accertamento incidentale dell'illegittimità di un provvedimento - con sostanziale sua disapplicazione - da parte del giudice amministrativo, il quale, invece, può conoscere dell'illegittimità dei provvedimenti amministrativi solo in via principale ed al fine di annullarli, come si evince dagli art. 4 e 5 della L.A.C. n. 2248/1865, all. E; e, pertanto, non è ammissibile la domanda di risarcimento del danno derivante da un provvedimento non annullato, atteso che, inoltre, tra accertamento dell'illegittimità dell'atto e risarcimento dei danni da esso asseritamente prodotti corre un rapporto di pregiudizialità (se non in senso tecnico) in senso logico, perché proprio l'illegittimità dell'atto è elemento costitutivo del danno risarcibile." (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 07 giugno 2007, n. 1629). In senso conforme, la coeva decisione del Cons. St.: "Al di fuori del caso del silenzio-inadempimento, qualora si chieda la tutela di un interesse legittimo l'oggetto principale del giudizio amministrativo è l'atto autoritativo lesivo. Pertanto, in considerazione del fatto che la tutela risarcitoria costituisce un rimedio di tutela ulteriore per chi abbia impugnato l'atto lesivo, deve essere confermato l'orientamento secondo il quale il soggetto lesa da un provvedimento autoritativo può ottenere il risarcimento del danno solo ove lo abbia ritualmente e fondatamente impugnato nel prescritto termine di decadenza. In assenza della tempestiva impugnazione dell'atto lesivo, non può domandarsi al giudice amministrativo il risarcimento del danno previa disapplicazione dell'atto stesso, atteso che l'inoppugnabilità dell'atto preclude la verifica dell'antigiuridicità del danno, in quanto cagionato secundum ius." (sez. IV, 08 maggio 2007, n. 2136 con nota di LOTTI P., *La pregiudiziale di annullamento: argomenti di diritto civile a confronto*, in *Foro amm. CDS* 2007, 6, 1824 ss.).



pubblico la decisione circa il mantenimento in vita dell'atto incidentalmente dichiarato illegittimo ovvero la sua rimozione con annullamento in autotutela.³⁶

Correttamente si imposta la questione, se si affronta in chiave sistematica, rimeditando l'attualità e la portata della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, per individuare lo spazio di tutela di questi ultimi e la forma che essa deve assumere. In questo senso è importante l'indicazione di chi³⁷ introduce la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo facendo capo alla categoria squisitamente soggettiva (o, meglio, alla logica) “*di spettanza... fondata sulla meritevolezza intrinseca delle pretese del cittadino*”, da contrapporre alla categoria (o, meglio, alla logica) squisitamente “*obiettiva dell'annullamento*”.³⁸

Questa valutazione è ancor più pregnante, ove si pensi che ci sono atti che incidono su una pluralità di soggetti, uno solo o pochi dei quali agiscono per il risarcimento dei danni, senza impugnarli, sicché gli effetti di quegli atti sono ormai consolidati: resta, pertanto, nella sfera della discrezionalità amministrativa la decisione circa l'estensione del giudicato incidentale ed il conseguente annullamento in autotutela, sempre che ne sussistano i presupposti. Ma, soprattutto, la P.A. può avvalersi dell'eccezione di prescrizione nei confronti degli attori che agiscano successivamente per il risarcimento dei danni.

Il principio della risarcibilità dell'interesse legittimo (che nell'economia di Cass. Civ. n. 500/99 non è altro che un corollario della nuova concezione dell'ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale e dell'art. 2043 c.c.) non è stato messo in dubbio nemmeno quando la dottrina, avallata da autorevole giurisprudenza³⁹, ha ricercato un modello di responsabilità della P.A. alternativo rispetto a quello offerto da Cass. Civ. n. 500/99.

³⁶ La possibilità di adire la giustizia in forma diversa non è nuova, perché in tempi lontani si era ritenuto di aggirare l'ostacolo della distinzione della giurisdizione, proponendo la c. d. *teoria della prospettazione*, secondo la quale il privato avrebbe la facoltà di chiedere tutela al giudice secondo la rappresentazione che egli ritenga più opportuna, cioè chiedendo la tutela della medesima situazione sostanziale in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo (v. SCIALOIA V., *Sui limiti della competenza del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1981, I, p. 117; ID., *Sulle funzioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, p. 61; citato in termini critici da ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*⁸, Milano, 1958, p. 123 ss.).

³⁷ ROMANO TASSONE A., voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, p. 982 ss., spec. p. 997.

³⁸ Da qui la riflessione (ROMANO TASSONE A., *op. loc. ult. cit.*) che “*se si tiene presente l'asimmetria di valori fondanti che esiste tra tutela d'annullamento e tutela risarcitoria, si comprende allora perché la questione del risarcimento degli interessi legittimi abbia suscitato e suscitato ad un tempo forti perplessità e strema attenzione: la ragione profonda di tutto ciò sta nel fatto che accordare la tutela risarcitoria all'interesse legittimo introduce nel profilo assiologico della figura un elemento dicotomico.*”

³⁹ Cass. n. 157/2003; Cons. St., sez. V, dec. n. 4239/2001; TAR Lazio-Roma, Sez. III quater, 31 marzo 2008 n. 2704: <<Ed è alla luce di tali considerazioni di principio che la richiesta di accertamento di un “danno da ritardo”, se da un lato deve essere ricondotta al danno da lesione di interessi legittimi per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56), dall'altro (in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile sempre affermata dalla dottrina) costituisce una fattispecie sui generis di natura del tutto specifica e peculiare che deve essere ricondotta all'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi dell'illecito ed all'archetipo dell'art. 2236 c.c. per l'individuazione dei confini della responsabilità.... In definitiva, nel caso di richiesta di risarcimento “da ritardo” non è dunque sufficiente un generico procrastinarsi dell'attività amministrativa per la negligenza di una singola persona fisica, ma è necessario che il difettoso



Si è fatto riferimento alla c.d. responsabilità da “contatto amministrativo qualificato”.⁴⁰

funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile o ad un comportamento gravemente negligente; o ad un intenzionale volontà di nuocere; ovvero si ponga in radicale contrasto con le regole di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost (arg. ex Consiglio Stato, sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6059). Nei casi limite il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico deve essere un effetto diretto di comportamenti illeciti di carattere doloso di soggetti che perseguivano fini personali ed egoistici di tale gravità da rescindere il rapporto di immedesimazione tra agente e amministrazione, e quindi facendo ritenere del tutto estranea la loro attività alla P.A. (cfr. Cass. Civ., sez. III, 5 gennaio 1979, n. 31).>>

La figura del danno da ritardo e la tecnica ermeneutica adeguata ad individuarlo e ritenerlo risarcibile sono delineate da Cass. civ., sez. III, 03 settembre 2007 n. 18511: “Per le ragioni esposte il primo ed il secondo motivo risultano fondati nei profili qui considerati, poichè giustamente evidenziano che la sentenza impugnata è pervenuta ad una non corretta applicazione del criterio di individuazione del danno ingiusto nell'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo pretensivo. Nel contempo, dette ragioni palesano come sia privo di pregio il profilo del primo motivo riassunto sub 1.5., poichè non è sostenibile che, nel caso di annullamento in sede giurisdizionale amministrativa per insufficienza od inadeguata motivazione sull'esercizio del relativo potere discrezionale, del diniego del rilascio di un provvedimento richiesto a soddisfazione di un interesse pretensivo, il diritto al risarcimento del danno del privato si configuri soltanto qualora successivamente l'Amministrazione provveda positivamente e si identifichi nel c. d. danno da ritardo, non essendo invece configurabile alcun danno, in mancanza di tale successivo provvedimento positivo: fermo che nel caso di adozione di tale provvedimento sarà configurabile solo un danno da ritardo, nel caso che tale adozione sia mancata, proprio sulla base dei principi tracciati dalla sentenza n. 500 del 1999 e sopra esplicitati (ma stavolta applicabili anche dinanzi alla giurisdizione amministrativa successivamente al discrimine insorto per le varie vicende delle riforme di cui al D.Lgs. n. 80 del 1998 ed ai provvedimenti normativi successivi) il danno è configurabile - nei sensi ed alle condizioni indicate - come danno da mancata consecuzione del provvedimento ampliativo... Il giudice di rinvio dovrà procedere ad una nuova valutazione della sussistenza dell'ingiustizia del danno, provvedendo a chiarire se esistevano o meno le condizioni di fatto e di diritto per l'accoglimento dell'istanza di autorizzazione all'apertura della cava ed all'uso si porrà, naturalmente tenendo conto delle emergenze probatorie esistenti in causa e salvo l'esercizio di poteri istruttori ancora compatibili con i limiti del giudizio di rinvio... nella stessa condizione in cui si sarebbe trovata l'Amministrazione ove avesse nuovamente provveduto, tenendo conto della insufficienza della motivazione del provvedimento di diniego annullato dal Consiglio di Stato e delle ragioni con cui essa era stata individuata. L'ingiustizia del danno sarà, dunque, configurabile solo se il giudice di rinvio accerterà che esistevano quelle condizioni. Nel procedere a tale accertamento, inoltre, il giudice di rinvio si porrà nella condizione in cui l'Amministrazione avrebbe dovuto provvedere al momento della proposizione dell'istanza originaria qualora dovesse ritenere che la domanda fosse pertinente ad una pretesa risarcitoria ricollegata all'esistenza della fondatezza dell'istanza di rilascio dell'autorizzazione all'apertura della cava fin da quel momento e tale fosse sempre rimasta, mentre si porrà in una condizione riferibile ad un momento successivo ed anteriore alla proposizione della domanda od anche successivo, qualora dovesse ritenere che la domanda nel suo tenore originario oppure a seguito di eventuali precisazioni e modificazioni legittime secondo il rito applicabile (ed anteriore alla l. n. 353 del 1990) evidenziasse la fondatezza dell'istanza in uno di quei momenti. Solo dopo ed in caso di esito positivo di tale accertamento, il giudice di rinvio procederà alle ulteriori valutazioni in ordine agli altri elementi richiesti per la configurabilità della responsabilità della P.A. ai sensi dell'art. 2043 c.c., cioè della colpa dell'Amministrazione e del danno conseguenza.”

⁴⁰ “Nella determinazione del quantum del risarcimento dovuto in caso di responsabilità da contatto qualificato, ben può essere applicata la procedura delineata dall'art. 35 comma 2, D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, il quale consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione debitrice è poi tenuta a proporre agli aventi titolo il rimborso entro un congruo termine delle spese da essi sostenute e documentate, fermo restando l'intervento del giudice stesso, in sede di ottemperanza, nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti.” (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 05 novembre



2007, n. 10852, in *Red. amm. TAR*, 2007, p. 11); “Nelle vicende nelle quali fra privato e pubblica amministrazione esista già un rapporto che, pur fondandosi su un provvedimento e non su un contratto, sia assimilabile ad un rapporto contrattuale, la rottura del rapporto causata dall'adozione di un atto illegittimo (revoca, annullamento d'ufficio, abrogazione, decadenza) genera in capo al soggetto pubblico una responsabilità di natura contrattuale o, quantomeno, da contatto sociale qualificato; tali vicende sono del tutto assimilabili, infatti, agli accordi amministrativi, in quanto non c'è molta differenza fra il caso in cui la pubblica amministrazione revochi un atto ampliativo di natura autoritativa e il caso in cui l'amministrazione venga meno ad una convenzione di lottizzazione o receda senza valido motivo da un accordo ex art. 11. In tali casi viene ad essere leso il legittimo affidamento che il privato aveva maturato circa la perdurante validità del provvedimento o dell'accordo, per cui se il provvedimento di secondo grado è illegittimo e viene annullato dal giudice amministrativo si può ritenere a ragione che la relativa responsabilità che sorge in capo all'amministrazione ha natura contrattuale, considerato che la posizione del privato aveva acquistato, per effetto del rilascio del provvedimento ampliativo, una ben precisa differenziazione rispetto a quella degli altri amministrati.” (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 03 aprile 2007, n. 1492, in *Foro amm. TAR*, 2007, 4, p. 1451); “Poiché la responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi da c.d. contatto amministrativo ha natura di responsabilità di tipo contrattuale, deve essere applicato il principio dell'inversione dell'onere della prova in danno dell'amministrazione resistente, ai sensi dell'articolo 1218 c. c.” (T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 21 dicembre 2006, n. 6040, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 4, p. 972); “Di seguito alla modifica sulla legge sul procedimento intervenuta per effetto delle l. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005, può ritenersi concluso quel processo di assimilazione relativo al contatto qualificato tra l'amministrazione ed il privato, che si manifesta, progressivamente, nell'emersione della pretesa dell'interessato e la sua crescente concretezza (il cui interesse non è, necessariamente, a soddisfazione garantita, poiché la sua attuazione risulta mediata dal procedimento amministrativo) rispetto ai comportamenti positivi e negativi dell'amministrazione, parametrati sulle regole (generali e speciali) che governano il procedimento amministrativo.” (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 24 ottobre 2005, n. 1894, in *Foro amm. TAR*, 2005, 10, p. 3316); <<La ricostruzione del rapporto tra p.a. procedente e privato come contatto sociale qualificato permette di delineare l'effettiva dimensione dell'eventuale danno ingiusto, in quanto i comportamenti positivi e negativi della p.a., parametrati sulle regole (generali speciali) che governano il procedimento amministrativo, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mercé l'intermediazione del procedimento stesso, di talché il diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante da atti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, da cui discendono importanti corollari in ordine alla disciplina concretamente applicabile con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile e all'onere della prova dell'imputazione soggettiva, corollari tra i quali va considerato quello secondo il quale "l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del cittadino rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa della p.a., alla quale incombe l'onere di provare la sussistenza di un errore scusabile. >> (Cons. St., sez. V, 02 settembre 2005, n. 4461, in *Foro amm. CDS*, 2005, 9, p. 2596; in termini, Cons. St., sez.V, 06 agosto 2001, n. 4239, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2673 con nota di MORELLI S., *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale?*, *ivi*, p. 2682 ss.); “La responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentoale può essere qualificata come responsabilità contrattuale nascente dall'inadempimento di un'obbligazione senza prestazione, comunque non ricollegata alla lesione dell'utilità finale cui aspira il privato, ma derivante dalla sola violazione di quei particolari obblighi stabiliti "ex lege" ed il cui rispetto è funzionale alla garanzia dell'affidamento del privato sulla legittimità dell'azione amministrativa; tuttavia, la ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione in termini di responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi sorti da un "contatto amministrativo qualificato" (tale cioè da ingenerare nel privato obiettivo affidamento), non può certo condurre ad un abbattimento della portata rimediabile della tutela risarcitoria, precludendo al privato di invocare, dimostrandolo anche con riguardo al



A mente di questa ricostruzione, il procedimento che s'instaura tra privato e P.A. deve considerarsi un vero e proprio rapporto giuridico (complesso), che può essere assimilato a un rapporto contrattuale o, secondo i casi, pre-contrattuale.

La similitudine è diventata sempre più stretta e si ricorre a metodologie sostanzialmente unitarie, per ricostruire la struttura del negozio ed individuarne le patologie genetiche o funzionali: si pensi all'affidamento ingenerato nel privato in caso di un bando di gara poi dichiarato illegittimo.

Gli oneri incombenti sui contraenti qui si accentuano, quando uno dei due, la P. A., operando da posizioni di tendenziale supremazia, deve usare particolari cautele nella conduzione del procedimento, che dovrà poi sfociare nella fase contrattuale.⁴¹

"quantum" il risarcimento del danno pieno subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita. (Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Giur. it.*, 2004, p. 416).

⁴¹ V. di recente, TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, 09 giugno 2009, n. 627, che è interessante per la ricostruzione delle varie questioni ruotanti attorno alla definizione dei presupposti e dei limiti della responsabilità precontrattuale della P.A.: "4.1.— Per esaminare tale eccezione occorre, in via preliminare, stabilire, su un piano generale, quali siano le regole che presiedono alla formazione della volontà negoziale e all'operatività del rimedio in esame nei contratti di diritto comune per poi verificare se le stesse siano estensibili ai contratti della pubblica amministrazione... In questa fase precontrattuale le parti sono titolari, come si dirà ampiamente oltre, della "libertà negoziale" di non stipulare il contratto ovvero di stipularlo con determinati contenuti. Ma tale libertà deve essere esercitata nel rispetto di "regole di condotta" che pongono puntuali "limiti" al fine di evitare che la stessa tramodi in un "abuso" ai danni della libertà negoziale dell'altro contraente. Queste regole di condotta sono rappresentate dalla buona fede e dalla diligenza. La prima impone alle parti, in ossequio al principio costituzionale di solidarietà contrattuale (art. 2), di comportarsi in maniera leale durante tutta la fase di formazione del contratto secondo quanto espressamente previsto dagli artt. 1337 e 1338 cod. civ. La seconda impone alle parti, sempre in applicazione delle richiamate disposizioni, di osservare determinati standard tipizzati di condotta al fine di evitare comportamenti colposi idonei ad arrecare danni ingiusti. L'"abuso della libertà negoziale", realizzata dalla parte che viola le regole indicate, è sanzionato con il rimedio, espressamente previsto dalle citate norme imperative, della responsabilità precontrattuale. Tale tipologia di responsabilità, secondo l'opzione interpretativa preferibile, si inserisce nel più ampio genus della responsabilità extracontrattuale. Questa qualificazione spiega, per l'orientamento che ritiene che la diligenza non sia già inclusa nelle regole della buona fede, perché rilevi anche il predetto comportamento colposo delle parti, che sta, come è noto, a base del sistema della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c.

4.2 — Occorre adesso verificare se quanto sin qui esposto possa valere anche in presenza di un contratto in cui sia parte la pubblica amministrazione. Per rispondere a tale quesito è necessario illustrare, per grandi linee, quali sono le connotazioni tipiche dell'attività contrattuale della p.a. allo scopo di valutare se le differenze rilevate siano idonee ad impedire o limitare l'applicabilità delle regole di condotta della buona fede e diligenza... La p.a. è, infatti, obbligata, innanzitutto, a rispettare, mediante l'emanazione di atti amministrativi, precisi iter procedurali scanditi da "regole di validità" poste da norme imperative di diritto pubblico. La stessa amministrazione pone in essere, accanto a tale iter procedimentale di matrice pubblicistica, un parallelo procedimento negoziale, disciplinato da norme di diritto privato. Rispetto ai normali modelli formativi - offerti dal codice civile, in via di principio, alla scelta autonoma dei contraenti - deve rilevarsi, in secondo luogo, come la previsione legislativa di un tale procedimento pubblicistico imponga necessariamente che anche la volontà negoziale si formi in maniera progressiva nel rispetto di determinate regole procedurali predefinite, non derogabili dalle parti, che articolano normalmente l'iter formativo in un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. In secondo luogo, l'esigenza di



rispettare, tra l'altro, i principi della libera concorrenza, della buona amministrazione e dell'imparzialità, comporta che, nel sistema ordinario di selezione, alle "trattative precontrattuali" siano invitati a partecipare più soggetti. Infine, deve ritenersi come le valutazioni di pubblico interesse che devono costantemente guidare la p.a., nell'esercizio dei poteri amministrativi che connotano la fase dell'evidenza pubblica, possano, in alcuni casi, rappresentare una giusta causa di recesso dalle trattative che esonera da responsabilità soltanto se, come si dirà oltre, siano state osservate le regole di condotta in esame.

4.3.— E' necessario a questo punto, come già sottolineato, stabilire se le illustrate differenze siano idonee, nella specie, ad impedire l'applicazione delle regole di condotta della diligenza e della buona fede di cui agli artt. 1337 e 1338 cod. civ.. Questo Collegio ritiene che alla questione posta debba essere data risposta negativa, con la conseguenza che il modello civilistico della responsabilità precontrattuale si applica, con i necessari adattamenti, anche all'attività della pubblica amministrazione per le ragioni di seguito indicate. Innanzitutto, la presenza di un procedimento negoziale accanto ad un procedimento amministrativo ha consentito il definitivo superamento della impostazione tradizionale, seguita inizialmente dalla Cassazione, secondo cui non era consentito all'autorità giudiziaria sindacare la condotta della p.a. perché ciò avrebbe comportato l'invasione di spazi di discrezionalità riservati all'amministrazione stessa. Una volta, infatti, che si scinde l'iter procedimentale che precede la stipulazione del contratto, deve ritenersi che la verifica giudiziale abbia ad oggetto la condotta posta in essere dall'amministrazione nella sua veste di "contraente" e non anche in quella di "amministratore". In altri termini, l'esistenza di un procedimento amministrativo non esclude l'autonomia del momento procedimentale negoziale nel corso del quale la p.a. è obbligata ad osservare le regole di condotta della buona fede e della diligenza in relazione alle quali non sussistono limiti di sindacato connessi allo status pubblicistico di una delle parti.

In secondo luogo, la presenza di un modello formativo della volontà negoziale predeterminato nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Sul punto, la giurisprudenza prevalente sembra, invero, limitare l'operatività delle regole di condotta alle procedure negoziate, ovvero, in presenza, come nel caso in esame, di una procedura non negoziata, alla fase successiva alla scelta del contraente (si veda, tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633; Id., 7 marzo 2005 n. 920). Si afferma, infatti, che prima di tale momento non sia possibile individuare una "trattativa" idonea a fare sorgere affidamenti tutelabili. Questo Collegio ritiene, invece, che non sia possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato. Una volta che si riconosce l'autonomia del momento negoziale rispetto a quello pubblicistico non sussistono valide ragioni per ritenere che la buona fede e la diligenza non operino sin dalla fase di inizio del predetto "contatto" che si ha con la esternazione dell'invito ad offrire. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può essere valutato nella sua complessità. Sul piano applicativo ciò implica, avuto riguardo alla fattispecie in esame, che la valutazione giudiziale deve avere ad oggetto la condotta della p.a. sia prima che dopo la scelta del contraente. Appare opportuno, però, puntualizzare che la valutazione del momento procedimentale in cui si è realizzata la violazione e la circostanza che il soggetto che la fa valere non sia stato scelto come contraente, se non rileva, si ribadisce, sul piano dell'astratta configurabilità della fattispecie lesiva, può rilevare sul piano dell'accertamento della sussistenza di un effettivo pregiudizio patrimoniale. Infine, è indubbio che le ragioni di interesse pubblico possono imporre di assumere, anche sul piano negoziale, determinate condotte soprattutto in ordine alla decisione di non concludere il contratto. Tale valutazione può funzionare da "causa esterna" idonea a giustificare il recesso. Ma ciò non toglie che l'amministrazione sia obbligata in ogni caso, nell'interrompere le trattative, a non abusare della propria libertà negoziale dovendo



pur sempre osservare un comportamento leale e diligente nei confronti dei privati coinvolti dall'iniziativa assunta dalla p.a. stessa. In conclusione, l'esistenza di un procedimento amministrativo che doppia quello negoziale, la predefinitività di regole formative caratterizzate, tra l'altro, dalla normale pluralità delle parti, la possibile incidenza di valutazioni di interesse pubblico nell'esercizio del potere di recesso, se certamente determinano una deviazione dagli schemi ordinari in ragione del particolare status di uno dei contraenti e la conseguenziale necessità di adattamento delle regole civilistiche, non sono, ad avviso di questo Collegio, idonei ad escludere la generale operatività delle regole di condotta in relazione a tutto il procedimento negoziale antecedente la stipulazione del contratto.

4.4.— *Alla luce di quanto sin qui esposto può dirsi, in sintesi, che in presenza di un contratto della pubblica amministrazione: a) la violazione di norme imperative, che pongono "regole di validità" a tutela di interessi pubblici, può dare luogo alla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, con possibile responsabilità civile per violazione dell'interesse legittimo; b) la violazione di norme imperative, che pongono "regole di condotta" da osservarsi durante l'intero svolgimento del procedimento negoziale a tutela della libertà contrattuale, può dare luogo a responsabilità precontrattuale. È bene, infine, aggiungere che le predette regole "di validità" e "di condotta" operano su piani separati: non è necessaria la violazione delle prime (anche se tale violazione può concorrere: Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6264 del 2008, cit.) per aversi responsabilità precontrattuale; la inosservanza delle seconde non può determinare la invalidità del contratto. Quest'ultima, sia detto incidentalmente, può aversi soltanto quando l'abuso della libertà contrattuale si attua, in presenza di determinate categorie contrattuali caratterizzate dalla "debolezza" (informativa o economica) di una delle parti del rapporto, nella fase di determinazione del contenuto del contratto da stipulare e in virtù di una testuale previsione legislativa di nullità.*

5.— *Quanto esposto, su un piano generale, vale anche in presenza di una concessione amministrativa, appartenente, secondo la preferibile opzione interpretativa, alla categoria dei "contratti di diritto pubblico". Anche, infatti, in presenza di tale modello convenzionale di azione opera normalmente, nella fase precedente il perfezionamento dell'atto, la dicotomia procedimento amministrativo/procedimento negoziale. Questo Collegio è consapevole del fatto che in presenza di tale categoria contrattuale gli interessi pubblici assumono una valenza più pregnante in ragione del particolare "oggetto" del contratto stesso. Nondimeno, tale peculiarità non è, nella specie, idonea a condizionare o limitare l'applicazione delle regole di responsabilità, che devono ritenersi "compatibili" con la qualificazione pubblicistica del contratto....*

6.— *Dimostrata la astratta configurabilità della responsabilità precontrattuale, occorre adesso stabilire quale fattispecie di responsabilità viene in rilievo nel caso in esame. Le norme di riferimento sono rappresentate, come già sottolineato, dagli artt. 1337 e 1338 cod. civ.. La prima, imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, disciplina la "responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto". La seconda, ritenendo contrario alle regole della correttezza il comportamento della parte, che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne informa l'altra parte, disciplina la "responsabilità precontrattuale da contratto invalido". La Corte di Cassazione riconosce l'esistenza anche di una terza fattispecie, inquadrabile anch'essa nell'ambito della norma di carattere generale di cui al citato art. 1337, rappresentata dalla "responsabilità precontrattuale da contratto valido", che ricorre quando uno dei contraenti non assolve ad oneri informativi "diversi" da quelli aventi ad oggetto le "cause di invalidità" del contratto (si veda, per tutte, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725). La vicenda in esame è inquadrabile nello schema per primo esposto: le ricorrenti si lamentano del fatto che il Comune abbia interrotto le trattative finalizzate alla stipula della concessione in violazione delle regole di buona fede. L'amministrazione dovrebbe, pertanto, rispondere a titolo di "responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto.*

7.— *A questo punto è necessario valutare quali sono gli elementi che devono sussistere perché possa dirsi integrata la predetta fattispecie di cui all'art. 1337 cod. civ.. Sul punto deve ritenersi che le regole di condotta, applicate al caso in esame, impongono di ancorare il giudizio finale di responsabilità alla sussistenza di due elementi: uno positivo, rappresentato dall'affidamento senza*



La violazione di norme procedurali costituirebbe inadempimento degli obblighi di comportamento e/o di cooperazione della P.A. nei confronti del privato, nascenti anche dai principi che dovrebbero caratterizzare l'azione amministrativa. Ciò comporta una serie di conseguenze in materia di disciplina della responsabilità: si pensi al termine prescrizione dell'azione risarcitoria, all'area del danno risarcibile o all'onere della prova.

Sono possibili alcune riflessioni, anche in relazione alla giurisprudenza formatasi in tema di qualificazione e prova del danno. Per quanto attiene alla riconducibilità della responsabilità per attività provvedimento illegittimo allo schema dell'illecito aquiliano, l'orientamento giurisprudenziale è ormai costante.⁴²

È altrettanto indubbio che l'elemento dell'ingiustizia del danno è ravvisabile nell'emanazione di un provvedimento illegittimo che ha prodotto in capo al ricorrente la lesione di un interesse giuridicamente protetto.

I requisiti necessari per ottenere il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, affermata dal giudice con sentenza (o, in alternativa, con una decisione su ricorso straordinario), sono: A) l'elemento soggettivo, almeno sotto il profilo della colpa; B) il danno conseguente al diniego e C) il nesso di causalità tra il provvedimento illegittimo e l'evento dannoso.⁴³

Giova peraltro sottolineare che sussiste un diverso orientamento secondo il quale spetterebbe al privato leso l'onere della dimostrazione della colpa in capo all'amministrazione.⁴⁴

colpa ingenerato nella controparte dal comportamento del soggetto recedente; l'altro negativo, rappresentato dalla mancanza di una giusta causa. In altri termini, il recesso dalle trattative determina responsabilità precontrattuale quando le stesse sono interrotte in assenza di una giusta causa con lesione dell'affidamento creato nell'altro contraente.” in Altalex.com del 02 luglio 2009.

⁴² "...in tema di risarcimento dei danni che si assumono prodotti dall'esercizio di poteri amministrativi, deve farsi applicazione dell'articolo 2043 c.c., stante la natura necessariamente non contrattuale della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica" (Cass. civ., 23 aprile 2004 n. 7733; nello stesso senso, Cons. St., Sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478; Cons. St., Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7473).

⁴³ Va infatti sottolineato che, secondo il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, "non può essere condivisa [...] la connotazione in senso soggettivo della colpa dell'amministrazione. Una prima osservazione che deve essere fatta al riguardo è che l'attività dell'amministrazione pubblica non può essere ricondotta ad un atteggiamento psicologico dell'agente, suscettibile di produrre un danno nei limiti in cui esso si traduca una condotta riprovevole, ma è il frutto di procedimenti impersonali che la rendono oggettiva, di modo che l'imputazione a colpa della condotta dell'amministrazione va considerata in termini di raffronto tra il comportamento effettivamente tenuto e quello richiesto dall'ordinamento per evitare la lesione dell'interesse dei singoli cittadini." (Cons. St., Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Urbanistica app.*, 2006, p. 183). E ancora: "la riscontrata illegittimità dell'atto rappresenta, nella normalità dei casi, l'indice della colpa dell'amministrazione: indice tanto più grave, preciso e concordante quanto più intensa, inspiegabile e non spiegata sia l'illegittimità in cui l'apparato è incorso. Soprattutto a fronte di illegittimità plateali, il danneggiato può limitarsi quindi ad allegare la stessa illegittimità ..." (Cons. St., Sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261; Cass. civ., 9 giugno 1995, n. 6542).

⁴⁴ Invero tale orientamento giurisprudenziale afferma che il privato leso "risulta agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari – acquisibili, sia pure con i connotati normativamente previsti, con maggior facilità delle prove dirette – quali la gravità della violazione (qui valorizzata quale presunzione semplice di colpa e non come criterio di valutazione



La ricostruzione (in altri termini, ma la sostanza è la stessa) della responsabilità amministrativa in chiave contrattuale era già stata prospettata.⁴⁵

L'affermazione (non negazione) della risarcibilità della lesione cagionata a posizioni d'interesse legittimo nella sent. n. 500/99 fa parte di un più ampio discorso sulla responsabilità civile extracontrattuale.

La considerazione di questa svolta ideologica e culturale, che tenga conto del contesto in cui è inserita, suggerisce di ritenere che la lesione di posizioni giuridiche d'interesse legittimo è idonea ad integrare l'ipotesi di "danno ingiusto", richiesta dall'art. 2043 c.c., affinché si possa azionare il meccanismo risarcitorio, il cui funzionamento, in ogni caso, non è automatico ("la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043"), dovendo ricorrere gli altri presupposti previsti dalla norma ed esplicitati nella sentenza in parola (sussistenza di un evento dannoso, nesso causale tra fatto e danno, sussistenza di colpa o dolo nel comportamento del soggetto danneggiante).

In questo senso, la tutela risarcitoria offerta all'interesse legittimo diventa una conseguenza dell'estensione dell'ambito di operatività dell'art. 2043 c. c., idoneo in astratto (ossia secondo la sua formulazione letterale), secondo il nuovo orientamento della Cassazione, a offrire protezione ad ogni interesse, che sia in qualche misura rilevante per l'ordinamento giuridico. Pertanto, diventa meno netta la differenza tra l'interesse legittimo ed il diritto soggettivo o il semplice interesse, purché rilevante per l'ordinamento giuridico.⁴⁶ In realtà, secondo la

assoluto), il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento. Così che, acquisiti gli indici rivelatori della colpa, spetta poi all'amministrazione l'allegazione degli elementi (pure indiziari) ascrivibili allo schema dell'errore scusabile" (cfr. Cons. St., Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; ID., 15 febbraio 2005, n. 478; Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32). Sull'insussistenza del presupposto della colpa grave, necessario per il risarcimento dei danni da lesione d'interessi legittimi, nel caso di provvedimento illegittimo adottato in conformità ad una serie di pareri richiesti nel corso del procedimento, cfr. Cons. St., Sez. VI, 5 agosto 2005, n. 4153. Sui criteri per determinare il presupposto della colpa necessario per il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, sulla possibilità di fare riferimento a criteri presuntivi nel caso di lesione di interessi pretensivi e sulle modalità di quantificazione dell'ammontare del risarcimento, si richiamano anche: Cons. St., Sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478 e 10 agosto 2004, n. 5500.

⁴⁵ BIGLIAZZI GERI L., *Interesse legittimo: diritto privato, cit.*, p. 527 ss.: "... correggere un'affermazione ormai mummificata nella sua opinabile validità: che cioè la lesione dell'interesse legittimo (ove, si intende, lo si ritenga risarcibile) dia luogo, ci si muova sul piano privatistico o su quello pubblicistico, a responsabilità extracontrattuale. Tale affermazione sembra infatti non tener conto che esso vive in un rapporto; che quindi la responsabilità che fa capo al soggetto agente a seguito della lesione di tale interesse non può che plasmarsi su quella di cui agli articoli 1218, 1223 ss.: giacché questo è il tipo di responsabilità che presuppone l'esistenza di una relazione tra situazioni soggettive".

⁴⁶ "... il detto giudice ... procederà quindi a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo), ovvero nelle forme dell'interesse legittimo (quando, cioè questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene della vita, poiché è la lesione dell'interesse al bene che rileva ai fini in esame), o altro interesse (non elevato a oggetto di immediata tutela, ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori)" ... "poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A.,



concezione sostanziale elaborata dalla dottrina e recepita dalle S. U. della Corte di Cassazione, l'interesse legittimo altro non è che un interesse ad un bene della vita (a conseguire: *pretensivo*; a conservare: *oppositivo*). Ciò che però differenzia questa situazione giuridica rispetto al diritto soggettivo (e – per ragioni diverse - all'interesse semplice, ma rilevante per l'ordinamento giuridico) è la circostanza che la soddisfazione o il sacrificio dell'interesse legittimo sono rimessi alla scelta discrezionale (potere di disposizione) di un soggetto estraneo al titolare dell'interesse (P.A. nel diritto pubblico, altri soggetti nel diritto privato).

Il tratto distintivo dell'interesse legittimo è proprio il fatto di esistere solo in contrapposizione ad un potere esterno di disposizione, caratterizzato da un diverso grado di conformazione e, quindi, da un margine variabile di discrezionalità. Questa caratteristica peculiare rappresenta il *trait d'union*, che teoricamente permette la traslazione della figura dell'interesse legittimo dal diritto pubblico (sistema delle relazioni tra P.A. e privato) al diritto privato (sistema delle relazioni tra privati).⁴⁷

Residua la differenza non trascurabile che nell'ambito del diritto privato la tutela dell'interesse legittimo non pone problemi di riparto di giurisdizione, essendo essa affidata comunque alle cure del giudice ordinario⁴⁸.

A questo proposito, la configurabilità in astratto e l'individuabilità in concreto di situazioni d'interesse legittimo nell'ambito dei rapporti interpretati è anch'essa prevista dalla sent. n. 500/1999, che assurge a riaffermazione giurisprudenziale di una realtà già constatata nella sent. n. 5668/79⁴⁹, che costituisce il *leading case* di una serie di pronunce, che danno rilevanza alla figura dell'interesse legittimo di diritto privato⁵⁰.

Nelle pagine successive si individueranno possibili ipotesi di interessi legittimi di diritto privato, ma è fin d'ora significativo il richiamo giurisprudenziale in tema di rapporto di lavoro alle dipendenze di enti pubblici:..*“sì che i privati possono legittimamente invocare tutela delle*

l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo” (Cass. S. U., sent. N. 500/1999 *cit.*).

⁴⁷ Perciò meritano adeguato rilievo le riflessioni fatte nell'introduzione al II Congresso per l'aggiornamento forense – Roma, 15-17 marzo 2007- da ABBAMONTE G., *Nuove prospettive del diritto amministrativo*, (inedito) il quale definisce “*la discrezionalità tecnica come implementazione delle regole generali da parte dell'operatore”...*” per il contributo che alle concrete soluzioni apporta chi si assume operativamente la decisione”; mentre vanno rivisti “*i termini tradizionali ...della stessa discrezionalità amministrativa, che dovrà via via leggersi più che come esercizio di potere, come strumento di adempimento del dovere di esercitare la funzione pubblica.*”

⁴⁸ “*... la posizione soggettiva spettante al privato – ed eventualmente lesa – deve qualificarsi come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, nella più ampia categoria dei “diritti” di cui all'art. 2907 c. c.*” (Cass. Civ., S.U. n. 14625/2003)

⁴⁹ “*... E va ancora ricordato che, ritenendosi configurabile una posizione di interesse legittimo (pretensivo) anche nei rapporti tra privati, questa S.C. ha riconosciuto la risarcibilità della lesione di tale posizione per effetto dell'illegittimo esercizio di <poteri privati> (nella specie nell'ambito di un rapporto di lavoro con un ente pubblico economico)*”

⁵⁰ Vedasi Cass. Civ., S.U. 29/10/1980 n. 5800; ID., 05/01/1981 n.1.



*proprie situazioni soggettive (quand'anche qualificabili non come diritti soggettivi perfetti, ma come interessi legittimi di diritto privato, così come avviene in tema di offerta o promessa al pubblico) dinanzi al giudice ordinario ...”*⁵¹

Ma la vicenda deve essere osservata con completezza, sicché non si può prescindere dagli sviluppi più recenti della questione. Un punto fermo nel dibattito giurisprudenziale può essere la decisione n. 3 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la quale si precisano i confini reciproci ed i nessi tra azione di annullamento e di risarcimento.⁵²

Tuttavia, non si può negare che la questione della pregiudiziale amministrativa è diventata un “cantiere aperto”, un esempio emblematico della precarietà degli assetti di potere, che si riflette sulla qualità e stabilità delle scelte legislative.⁵³

⁵¹ Cass. Civ., S.U., n. 15199/2006; conf.: ID., n. 10370/1998; Cass. Civ. Sez. Lav., n. 23760/2004.

⁵² In quell'ambito, assume valore centrale l'affermazione che “... La soluzione esposta si pone in linea di continuità con il più recente orientamento interpretativo di questo Consiglio (sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; sez. V, 3 febbraio 2009, n. 578; sez. VI, 21 aprile 2009, n. 24363; sez. V, 3 novembre 2010, n. 7766), che ha spostato l'indagine sul rapporto tra azione di danno e domanda di annullamento dal terreno processuale al piano sostanziale, pervenendo alla condivisibile conclusione che la mancata promozione della domanda impugnatoria non pone un problema di ammissibilità dell'actio damni ma è idonea ad incidere sulla fondatezza della domanda risarcitoria.

L'Adunanza Plenaria, sviluppando queste coordinate ermeneutiche alla luce dei principi ricavabili anche dal sopravvenuto codice del processo amministrativo, reputa che l'analisi dei rapporti sostanziali debba essere svolta, piuttosto che sul piano dell'ingiustizia del danno valorizzato dalle pronunce in esame, su quello della causalità.

Detta indagine consente, in modo più appropriato, di introdurre il necessario temperamento all'autonomia processuale delle tutele cogliendo la dipendenza sostanziale, come fatto da apprezzare in concreto, tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria.

In questo quadro, le esigenze di preservazione della stabilità dei rapporti pubblicistici e di prevenzione di comportamenti opportunistici, perseguite dalla giurisprudenza anche di questa Adunanza Plenaria con l'affermazione del principio della pregiudizialità ed evidenziate in modo puntuale nell'ordinanza di rimessione, possono allora essere soddisfatte, in modo più convincente, con l'applicazione delle norme di cui agli artt. 1223 e seguenti del codice civile in materia di causalità giuridica.

7. Assume rilievo, in particolare, il più volte citato disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile - norma applicabile anche in materia aquiliana per effetto del rinvio operato dall'art. 2056 - che, dando seguito ad un principio già affermato dalla dottrina francese ottocentesca, considera non risarcibili i danni evitabili con un comportamento diligente del danneggiato.

L'Adunanza, riprendendo le indicazioni già in precedenza fornite, reputa che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, sia ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del capoverso dell'articolo 1227 cit. ...”

⁵³ “In tema di sospensione necessaria del processo civile ex art. 295 c.p.c., la pregiudizialità di una controversia amministrativa può astrattamente sussistere solo quando quest'ultima verta su questioni di diritto soggettivo rientranti nell'ambito della giurisdizione esclusiva, mentre, qualora davanti al giudice amministrativo sia impugnato un provvedimento incidente su interessi legittimi, non può disporsi la sospensione del giudizio civile, ancorché connesso con quello amministrativo, potendo il giudice ordinario disapplicare i provvedimenti a tutela dei diritti soggettivi influenzati dagli effetti dei detti provvedimenti.” (Cass. Civ., sez. VI, 12/06/2012, n. 9558); conf. “In materia di pregiudiziale amministrativa, dagli artt. 30 e ss. c. proc. amm. emerge che il legislatore delegato non ha condiviso né la tesi della pregiudizialità amministrativa, né peraltro, al contrario, quella della totale autonomia dei due rimedi, impugnatorio e risarcitorio, bensì ha optato per una soluzione intermedia, che valuta l'omessa



4) Se si volesse rappresentare graficamente le nozioni utilizzate, si dovrebbero tracciare dei diagrammi, collocando sulle ordinate ed ascisse le dicotomie (*rectius*, le coppie concettuali) pubblico-privato, potere-dovere, individualismo-solidarietà, esclusione-inclusione.⁵⁴

In prima istanza, è da osservare che il concetto di contemperamento d'interessi sembra essere un'applicazione, nel campo della teoria del diritto, del procedimento dialettico classico di matrice hegeliana, strutturato in più fasi: la prima, in cui si rileva un'opposizione tra entità; la seconda, in cui il contrasto è risolto con la fusione degli elementi contrapposti. Questa rappresentazione è valida, ma solo al prezzo di un'eccessiva astrazione e del sacrificio, almeno parziale, dell'interesse soccombente.

Qualunque attività normativa sottintende una valutazione in termini positivi dello stato di cose che la norma rappresenta come preferibile: ma, al tempo stesso, vi è un giudizio negativo (o non altrettanto positivo) implicito sullo stato di cose, fattuale e/o normativo, sul quale la norma stessa va ad incidere, introducendo oneri, limiti, divieti, esclusioni. L'opposizione, quindi, da logico-concettuale, diventa innanzitutto reale ed oggettivamente rilevabile. Inoltre, il momento della risoluzione può essere radicale e sostanziarsi nella prevalenza e, reciprocamente, soccombenza totale di uno dei due interessi: la fase della sintesi, quindi, può coincidere con la sola tesi o antitesi, rispetto alle quali non deve essere necessariamente dotata di un *quid pluris*.

Queste prime differenze tra contemperamento di interessi e procedimento dialettico prendono in considerazione solo costanti strutturali del diritto: è opportuno, a questo punto, introdurre nel discorso anche alcune variabili.

I paradigmi pubblico-privato, potere-dovere, individualismo-solidarietà, esclusione-inclusione, sono utili per comprendere la multiformità del problema. Questa loro funzione si sostanzia nel legittimare una pluralità di punti di vista rispetto al medesimo contesto, ponendoli in una relazione di compostibilità astratta, propedeutica alla valutazione circa la loro correttezza e utilizzabilità in concreto.

La rappresentazione dell'interesse non può essere parziale, ma deve riguardare tutte le sue prospettive, proprio per la consapevolezza della sua intima complessità strutturale, che si estrinseca felicemente nella forma geometrica del prisma. Nessuna delle superfici è

tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento del provvedimento lesivo non come fatto preclusivo dell'istanza risarcitoria, ma solo come condotta che, nell'ambito di una valutazione complessiva del comportamento delle parti in causa, può autorizzare il giudice ad escludere il risarcimento, o a ridurre l'importo, ove accerti che la tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento dell'atto lesivo avrebbe evitato o limitato i danni da quest'ultimo derivanti." (Cons. St., sez. V, 02/11/2011, n. 5837).

⁵⁴ MESSINETTI D., voce *Abuso del diritto*, cit., p. 7: "E' degno di attenzione, soprattutto agli effetti applicativi, lo spostamento dalla generica libertà di azione verso la considerazione della finalità normativamente rilevante (*ratio*), a cui deve essere indirizzato l'esercizio del diritto. Ciò ha imposto, infatti, un'altra dimensione in cui devono essere valutate, nell'ambito della <<normalità>> dell'azione, le situazioni relative ai beni e alla proprietà. Si tratta, appunto, di quei valori e quelle istanze di solidarietà che trovano la loro concretizzazione nel rendere il soggetto, come persona e come operatore economico, nella prospettiva dell'ordinamento, solidale nell'agire."



superflua, tutte rinviano ad una realtà sottostante, tutte collaborano a rendere possibile l'unità: è l'interprete che deve cogliere le connessioni profonde e ricomporre i singoli profili nel quadro d'insieme, passando dalla fase dell'analisi alla sintesi operativa, dalla dimensione statica a quella dinamica dell'effettività dei rapporti.

La transizione dalla concezione strutturale a quella funzionale, introducendo la "terza dimensione teleologica"⁵⁵ nell'analisi dei fenomeni giuridici, ha determinato il passaggio dalla "geometria piana alla geometria solida"⁵⁶ delle figure giuridiche.

Quanto alla coppia pubblico-privato è bene premettere che l'attività normativa, rispetto agli interessi da rilevare e qualificare, presenta tratti di ambiguità da esplorare. Essa è - al contempo - terza e cointeressata: è terza, perché l'ordinamento giuridico si pone come entità distaccata rispetto ai soggetti portatori di interessi; ma è cointeressata, perché con la normazione l'ordinamento persegue il proprio fine di autoconservazione, che è possibile rappresentare, in ultima istanza, come idoneità a perseguire concretamente i valori posti a suo fondamento.

Questo schema teoretico denuncia l'intrinseca doppiezza del sistema, ma aiuta a spiegare la continuità concettuale tra diritto oggettivo e soggettivo, nel senso che dotare di una tutela privilegiata un interesse è proprio sia dell'interesse preso monadicamente, sia della classe di soggetti che ne sono potenziali portatori, sia dell'ordinamento stesso che, nel tutelare l'interesse, tutela e conserva se stesso.⁵⁷

Ma, a parte ciò, spesso l'ordinamento esprime l'esigenza di autoconservazione e disciplina se stesso: ne sono epifenomeni emblematici le varie tipologie di norme: quelle c.d. di azione, quelle organizzative, quelle sulla produzione di normativa, quelle latamente istituzionali.

⁵⁵ Questo è il senso profondo della scelta metodologica di PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 120.

⁵⁶ A questa rappresentazione plastica del nuovo modello facevamo riferimento nel nostro *Vendita immobiliare e controllo sociale delle attività economiche*, in *Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del notariato tra tradizione e nuove soluzioni* – Atti del convegno – Messina 18 ottobre 2008 – *Quaderni della Fondazione Italiana per il notariato* – ed. Il Sole 24 Ore, 2009, p. 12 ss. ora in *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Torino, 2008, p. 121 ss..

⁵⁷ Scrive, con significativa assonanza con le considerazioni svolte nel testo, INFANTINO L., (*L'individualismo metodologico nelle pagine dei suoi fondatori* in *Mondo3*, aprile-agosto 1996, p. 144-158 ora in *Individualismo, mercato e storia delle idee*, Rubbettino, Aoveria Mannelli, 2008, p. 15): "L'iperbole è un Giano bifronte, un'ideale <terza persona>, che ingloba i punti in cui la prospettiva di Ego e quella di Alter si intersecano. A essa si può pertanto dare il nome di curva del <sociale> in senso stretto. E' una curva che definisce l'identità degli attori, la quale non è mai completa senza l'intervento dell'Altro, senza le <limitazioni> e le <condizioni> a cui ogni azione viene sottoposta. Ed è una curva che non ha punti di massimo e di minimo, ma <luoghi di possibile convivenza>. Il che rappresenta bene la situazione vissuta dagli attori sociali, i quali non sono mai in posizione di equilibrio; e sono pertanto spinti a perseguire incessantemente il rapporto con l'Altro, col quale sono costretti a ricercare continuamente punti di mediazione o di coadattamento, di accettabilità del rapporto sociale. Quello di società è in tal modo il nome dato all'azione di individui che sono reciprocamente prestatori di mezzi e quindi beneficiari dell'attività altrui."



Pur rimanendo all'interno del moderno stato di diritto, la cultura giuridica è stata dominata da spinte antagoniste (individualistiche di matrice liberale o collettivistiche di matrice marxiana). Essa ha elaborato regole giuridiche coerenti con modelli sociali, nei quali il conflitto si svolge lungo itinerari drasticamente alternativi: l'esito finale non può essere che la prevalenza degli uni e la soccombenza degli altri. Ciò avviene anche quando si confrontano più soggetti in conflitto con altri, perché espressivi di blocchi di interessi (di classe, di etnia, di religione).

L'idea che un sistema possa conoscere al suo interno realtà variegata e coesistenti, ma tra di loro distinte e capaci di influenzarsi reciprocamente senza elidersi, è frutto della sua evoluzione. Esso si è emancipato dalla regola manichea e si è proiettato verso il modello pluralista, la cui impostazione non integralista e tollerante traduce, senza soluzioni di continuità,⁵⁸ sul piano dei rapporti socio-giuridici il bisogno di coesistenza, mantenendo l'identità sociale, pur nella distinzione dei ruoli, cioè sviluppando il rapporto secondo la "dialettica dei distinti".⁵⁹

Assuefatti forse troppo alla logica dei contrari, facciamo fatica a prescindere dal teorema (o, meglio, dal postulato) inconscio della contrapposizione sociale, sicché la costruzione dei modelli di situazioni soggettive è ancora troppo contaminata dalle scorie dell'individualismo esclusivo e resiste alla regola inclusiva del nuovo modello sociale.

L'interesse legittimo può concorrere ad indebolire il modello ed assolvere alla funzione inclusiva, proprio per la sua estraneità alla logica individualistica, dalla quale ha tratto forza la figura classica del diritto soggettivo.

⁵⁸ PUGLIATTI S., *Continuo e discontinuo in Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 87: "L'ordinamento giuridico rappresenta la concretezza storica, e quindi il continuo mobile, mentre il sistema normativo ... rappresenta il discontinuo astratto." ID., *Nota su continuo e discontinuo*, *ivi*, p. 330: "il sistema ha carattere di staticità, ma è suscettibile di continuo mutamento. Anche gli schemi, come le norme... sono fatti e valori, nel dominio della storia; e il sistema, che ha una sua logica, non è solo una costruzione logica, bensì una realtà storica, soggetta a mutamento: sistema aperto, non chiuso, ma dinamico, non statico".

⁵⁹ Per una distinzione che può essere ricondotta a questo schema, v. MARINELLI V., *Il dilemma. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 2004, p. 36 ss. V., inoltre, SABETTA S., *L'interpretazione del sistema giuridico secondo la teoria della complessità. Dalla teoria generale del diritto alla transitività delle etiche* in *Altalex.com* del 10-11-2006: "La dinamicità dell'equilibrio avverrà tra continuità e discontinuità, sì che il sistema vive in una zona grigia chiamata orlo del caos posta tra ordine eccessivo e disordine totale, tra fossilizzazione e disintegrazione. L'obiettivo è quello di perseguire l'equilibrio dinamico in un continuo ondeggiare tra i due estremi, affrontando l'imprevisto mediante un riorientamento non solo organizzativo, ma anche culturale".



5) Il substrato personalistico dell'ordinamento si riscontra in una pluralità di entità, che esprimono o aspirano ad esprimere una propria soggettività, quindi non è rappresentato dalle sole persone fisiche. Anzi, proprio la loro autonomia e parzialità rispetto ai concetti di personalità e soggettività è il dato teorico probante del fatto che l'oggettività dell'interesse è interdipendente rispetto al singolo ambito soggettivo rilevante. Ciò accade tanto se una classe di soggetti sia diretta destinataria della norma giuridica, quanto se ne sia toccata solo di riflesso o, addirittura, apparentemente estranea.

Il limite ontologico di ogni sistema (e quindi, per la regola di particolarizzazione,⁶⁰ anche del sistema giuridico), rappresentato da fenomeni di *feed-back* e da processi ineliminabili di autoricorsività o autoreferenzialità,⁶¹ deve commutarsi, per la scienza giuridica, in

⁶⁰ La regola di particolarizzazione (v. BUCHER T., *Introduzione alla logica*, Clueb, Bologna, 1996, p. 160) fa parte della c.d. metalogica (v. l'attenta analisi di COZZO C., *Teoria del significato e filosofia della logica*, Clueb, Bologna, 1994, pp. 152-167), cioè di quel ristrettissimo gruppo di regole di inferenza universalmente riconosciute come valide. Essa si sostanzia nel principio per cui se un elemento fa parte di un *genus*, esso ha tutte le proprietà che caratterizzano il *genus* stesso: parimenti il sistema giuridico ripete in sé tutte le caratteristiche predicabili di ogni sistema. Nel testo si fa riferimento alla questione della ricorsività e/o all'autoreferenzialità. Ogni sistema di regole, per essere tale, deve contenere in sé elementi con funzione sistematizzante, aventi per l'appunto la funzione di comporre in sistema gli altri elementi: si tratta, quindi, di elementi di secondo grado, quali, ad esempio, negli ordinamenti giuridici, le cc.dd. metanorme (v. il concetto affine di norma secondaria formulato da HART H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, ed. it. a cura di Cattaneo M., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, in part. p. 44-48), cioè le norme su norme. La ricorsività (dal punto di vista della teoria delle funzioni, si v. l'efficace sintesi di BERTO F., *Tutti pazzi per Gödel*, Laterza, Roma-Bari, p. 84-91) si verifica quando la norma sulla norma disciplina anche se stessa proprio in quanto norma: ad esempio, la norma sull'interpretazione va interpretata in base ai criteri dettati dalla norma stessa. Generalmente ciò non crea problemi, ma in punto di teoria ciò può condurre a paralisi applicative. Ciò è il portato del fatto che ogni sistema, benché venga spesso concluso in se stesso, in realtà non può mai sussistere indipendentemente da una realtà esterna, che dia primazia alle norme interne al sistema, che conferiscono compattezza ed unità al sistema stesso. Qui sta, dunque, il paradosso di ogni sistema: da un lato, esso viene costruito e si comporta come autosufficiente, sancendo la propria sistematicità attraverso regole di composizione degli elementi interni; ma, dall'altro, queste stesse regole abbisognano di un supporto esterno, per essere realmente operanti. In altri termini, l'operare concreto della sistematicità si svolge in forza di regole che il sistema stesso si dà: ma la fonte ultima della sistematicità sta nel substrato legittimante esterno (in generale, il rapporto tra teoria dei sistemi e *feed-back* ricorsivi è stato per la prima volta espresso da von BERTALANFFY L., *Teoria generale dei sistemi*, Milano, 1983).

⁶¹ Ogni sistema di regole, per essere tale, deve contenere in sé elementi con funzione sistematizzante, aventi la funzione di comporre in sistema gli altri elementi: si tratta, quindi, di elementi di secondo grado, quali, ad esempio, negli ordinamenti giuridici, le cc. dd. metanorme, cioè le norme su norme. La ricorsività si verifica quando la norma sulla norma disciplina anche se stessa proprio in quanto norma: ad esempio, la norma sull'interpretazione va interpretata in base ai criteri dettati dalla norma stessa. Generalmente ciò non crea problemi, ma in punto di teoria ciò può condurre a paralisi applicative, in quanto ogni sistema, benché venga spesso concluso in se stesso, in realtà non può mai sussistere indipendentemente da una realtà esterna che dia



constatazione della necessaria refluenza della particolarità nella generalità del sistema: da ciò, quindi, deve derivare un atteggiamento più prudente nella valutazione delle reali poste in gioco (che sono sempre più di quelle apparentemente coinvolte) in qualunque procedimento di bilanciamento di interessi.

La storicizzazione del fenomeno esaminato schiude orizzonti di comprensione altrimenti preclusi.⁶²

primazia alle sue norme interne, che conferiscono compattezza ed unità al sistema stesso. Qui sta, dunque, il paradosso che incombe su ogni sistema: da un lato, esso viene costruito e si comporta come autosufficiente, sancendo la propria sistematicità attraverso regole di composizione degli elementi interni; ma, dall'altro, queste stesse regole abbisognano di un supporto esterno per essere realmente operanti. In altri termini, l'operare concreto della sistematicità si svolge in forza di regole che il sistema stesso si dà: ma la fonte ultima della sistematicità sta nel sostrato legittimante esterno.

L'interpretazione emerge, infatti, dall'incontro di due movimenti, quello della trasmissione storica e quello dell'interprete, anch'esso mobile nella sua storicità. La distanza temporale fra il resto del passato e l'interprete non è un ostacolo che dev'essere superato; anzi, essa è la condizione di possibilità dell'esperienza della verità nell'incontro col passato. Questa distanza non è un fattore statico, ma è in movimento, porta all'eliminazione di alcuni pregiudizi e fa emergere quelli che aiutano una vera comprensione. Nell'incontro con l'altro, che dal passato avanza una pretesa di verità, noi, prendendo sul serio questa pretesa, poniamo in questione i nostri pregiudizi. Questo incontro non avviene fuori dal tempo, ma si colloca in quella che Gadamer chiama *Wirkungsgeschichte*, "storia degli effetti", la quale non è solo la storia della fortuna di un testo nei secoli, ma la catena delle interpretazioni passate, le quali condizionano e mediano la pre-comprensione che l'interprete ha dell'oggetto da interpretare, senza che egli se ne renda sempre conto. Noi siamo già sempre sottoposti agli effetti di questa storia, che decide anticipatamente di quel che si presenta a noi come problematico oggetto di ricerca. Questa è la proposizione sulla quale GADAMER H. G. (*Verità e metodo*, cit., p.350 ss.) fonda la propria tesi sulla rivalutazione della tradizione, non più vista come ostacolo ad una comprensione oggettiva, ma come condizione stessa per produrre la verità. In sostanza, il rapporto che sussiste tra passato e comprensione presente di quel passato è un rapporto dialettico continuo tra la tradizione dei testi e l'interpretazione dello studioso.

Già molto tempo prima PUGLIATTI S. (*La crisi dell'individualismo nel diritto privato, in Secolo nostro*, II, 1932, p.220 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Giuffrè, Milano, 2008, p.289) osservava: "La storia non si fa, cancellando con un procedimento ingenuo, il passato, ma sforzandosi di comprenderne il valore ed il significato, di impossessarsene, in una parola. La storia è storia di tutte le epoche: il passato rivive nel presente e questo risulta da quello. Nella linea di svolgimento che segna il cammino dell'umanità non vi sono soluzioni di continuo: ogni punto è legato a quello che precede e lega quello che segue, e la storia è lo spirito che scioglie tutti i punti e li sintetizza nella linea, la quale ha una sola esistenza. La critica di epoche storiche passate non è censura, ma è vanto per mettere da parte il contingente e isolare l'essenziale, che permane e si riproduce ed è riflesso del passato, attuazione del presente, annuncio dell'avvenire."

⁶² Su questi aspetti, anche per ribadire le scelte di metodo, v. già il nostro *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, p. 4-6: "Il discorso giuridico ruota attorno ad entità necessariamente connotate dall'attributo della temporalità: il dato normativo è di per sé stesso diacronico, vive nel tempo della sua produzione come in quelli successivi della sua applicazione. Assieme all'attributo della temporalità emerge con forza anche il carattere della relazionalità sistematica di ogni



In altri termini, correlata la questione al rapporto pubblico-privato, esso si può intendere come necessaria estrinsecazione pubblicistica di ogni regolamentazione. Quanto, poi, alla rilevanza e qualificazione degli interessi apparentemente “esterni” ad una situazione, è questione metodologica e/o assiologica: escluderli non significa giudicarli irrilevanti o,

entità-norma. L'unità dell'ordinamento rimane tale nonostante i cambiamenti normativi, che introducono elementi innovativi: l'insieme risulta modificato dalla norma nuova, che si amalgama, alla fine di un processo osmotico bidirezionale.”

A supporto di questa affermazione si richiamava e resta ancora opportuno il riferimento a PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in R.I.S.G., 1950 ora in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p.135: “Il testo della legge non è testo sacro, trascendente, immutabile e rivelato. Esso è, anzitutto, nel dominio della contingenza storica, e, si può dire, dettato dallo stesso destinatario della norma, in quanto si realizza come unità elementare del gruppo sociale.” e p.134: “E se la razionalizzazione del diritto lascia residui (irrazionali) e la concettualizzazione sistematica mostra una tal quale rigidità, non ci si deve sorprendere: non è difetto della giurisprudenza, per cui si debba senz'altro affermare che a torto essa si fregia del nome di scienza, ma ineliminabile retaggio di ogni attività che tenda a razionalizzare il reale e tenti di mettere ordine e unità nella disordine e varia e ribelle molteplicità dell'empirico.” Lo stesso A., (*La logica e i concetti giuridici*, cit., p.689) notava: “E invece se siamo disposti ad accettare come inevitabile l'invasione dell'empirismo, quale effetto immediato, ma transitorio, del primo contatto tra la nuova legislazione e la scienza, ...gli scetticismi programmatici e le reazioni antisistematiche avranno il solo merito di risvegliare energie sopite e stimolare nuove energie.” Sempre PUGLIATTI S. (*Crisi della scienza giuridica*, in *Atti del XV Congresso Nazionale di Filosofia*, 1948, p. 505 ss. ora in *Diritto civile*, a p.698) notava: “E può darsi una indagine scientifica che si eserciti su un oggetto che sempre è stato mutevole, ma oggi è addirittura labile ed effimero? In tali condizioni, gli esegeti, inconsciamente, obbediscono ad una esigenza economica: si limitano, cioè, al puntuale lavoro di interpretazione delle singole disposizioni, per non rischiare di veder vanificata la loro fatica tendente a costruire un sistema, su basi così poco stabili e sicure. Ma i sistematici trovano, se la fede nella scienza li sorregge, il premio della loro fatica, nell'adempimento di una più importante funzione pratica: essi preparano il cammino alla legislazione, segnano le vie maestre, che la legislazione deve seguire, se vuol soddisfare date esigenze e raggiungere determinati fini. Contribuiscono, cioè, ad una prima riduzione dal caos all'ordine...”

L'aspirazione all'ordine, assunta nella sua dimensione assiologica, è una costante delle riflessioni di FALZEA A., che ritorna ora, con accenti elevati, in *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, p. 201 ss..

Osserva ENGISCH K., (*Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 83, come interpretato da LARENZ K., *Storia del metodo della scienza giuridica*, a cura di S. Ventura, Milano, 1966, p. 197-198): “L'unità intrinseca di un ordinamento giuridico positivo ...è non soltanto ed in primo luogo il risultato dell'attività sistematica della scienza del diritto, ma è anche, d'altro canto, predeterminata <<dalle relazioni normative e teleologiche già esistenti all'interno dell'ordinamento giuridico stesso, che in quanto prodotto dello spirito umano, non è un caos amorfo.>>”

Integravamo quella riflessione notando: “Se, dunque, la relazione modifica le stesse entità relazionate, non è possibile comprendere il processo di modificazione, se non adottando un criterio interpretativo intrinseco al sistema. Il concetto di circolo ermeneutico esprime chiaramente questo paradosso apparente: come è impossibile interpretare il fatto storico fuori dalla cornice storica, così norma e sistema non sono pensabili distintamente e la dinamica relazionale è data proprio dalla loro storicità irripetibile: “anche in riferimento alla società umana, non soltanto, quindi, al mondo fisico, opera la <freccia del tempo>, vale a dire, il principio della <irreversibilità temporale>” (così DONATI A., *Diritto naturale e globalizzazione*, Aracne ed., Roma, 2007, p. 17). Di grande utilità è, altresì, il richiamo che l'A. fa del concetto di “storia degli effetti”: “come di un fatto storico non è possibile un'analisi compiuta solo limitandosi alla dimensione temporale della sua verifica, così un giudizio su una norma deve per forza tener conto della relazione tra l'istanza di fatto che la pone e i fatti concreti che essa origina, guardando alla loro corrispondenza sistematica.”



comunque, normativamente “*opachi*”, negandone la potenziale proiezione esterna in altre situazioni; il solo fatto di includerli, viceversa, non significa dotarli di una rilevanza generale. Un interesse, infatti, può essere protetto “*in situazione*”, cioè limitatamente a uno o più contesti particolari, ma non esserlo come valore assoluto. Da quest’ultimo assunto dovrebbe discendere fondatamente che un valore giuridico intraordinamentale è essenzialmente non categorico, e, quindi, non assoluto, ma relativo.

Le considerazioni che precedono sono feconde euristicamente:

la prima, perché permette di segnalare come, almeno sul piano della sociologia giuridica, è possibile usare un criterio quantitativo, per stabilire se un interesse è tutelato in senso pieno o solo marginalmente;

la seconda, perché evidenzia la relatività di ogni interesse, e, soprattutto, di ogni qualificazione giuridica.⁶³

Tutelare non significa solo accompagnare con l’attribuzione di una situazione giuridica soggettiva attiva la ricorrenza dell’interesse in capo ad un soggetto: ad esempio, nel sinallagma contrattuale i due interessi tutelabili danno luogo a diritti ed obblighi reciprocamente funzionali alla loro soddisfazione. Proprio perché gl’interessi sono tutelati solo nell’ambito relazionale, il connesso potere di soddisfarli non può prescindere dall’assunzione di comportamenti complementari, poi configurabili teoricamente come oneri, doveri di astensione (anche, e soprattutto, nel senso di non eccedere l’ambito, non distorcere l’uso sviando il potere attribuito verso fini non consentiti), doveri e/o obblighi positivi ecc..

Questo è il contesto in cui si muove, che muove, e da cui è mossa anche l’opzione assiologica tra individualismo e solidarietà nella graduazione della tutela.

Da qui dipendono le soluzioni di questioni pratiche, come – ad es. - la misura della socializzazione del rischio, del fenomeno inverso della perequazione fiscale attraverso il criterio prescelto (proporzionalità e/o progressività); ma anche del problema dell’allocazione dei danni, o della valutazione di accordi restrittivi della concorrenza nel libero mercato.

In conclusione, quindi, la specificità del fenomeno giuridico è, da un lato, problema logico di relazione tra elementi in conflitto; ma è, dall’altro, fenomeno umano complesso, mai delimitabile in compartimenti stagni, specchio delle preferenze soggettive e delle contingenze oggettive, della relatività dei tempi e della vocazione alla transitorietà, della constatazione dell’imperfezione e del desiderio di dominarla.

⁶³ “Il fenomeno generale dell’interesse è bifronte: da un verso sta il soggetto che ne è portatore; dall’altro l’oggetto capace di appagarlo. L’interesse è sempre di qualcuno ed è per qualcosa. In quanto in grado di soddisfare l’interesse, e di essere perciò fonte di utilità, l’oggetto costituisce un bene: ed in quanto l’utilità si misura sulle esigenze di vita dell’uomo, rappresenta un bene della vita”: così FALZEA A., *Gli interessi legittimi*, cit., p. 680, in cui si esprime la sintesi di posizioni sempre sostenute dall’A., ma che – data la sede – assumono specifico significato.



La disposizione degli interessi secondo una graduazione di pregio assiologico consentirebbe di spiegare l'esigenza di procedere con metodo pragmatico nel ricostruire le fattispecie, muovendo dalla concreta configurazione e dalle interrelazioni degli interessi in esse presenti. Ci si accorgerebbe del fatto che:

- A) la discontinuità delle situazioni reali è la conseguenza dell'applicazione di una sovrastruttura, imposta dall'esigenza della qualificazione dogmatica o della tipizzazione normativa delle situazioni giuridiche soggettive;
- B) che essa non riflette una loro qualità ontologica, ma esprime l'esigenza del sistema di risolvere il problema pratico di soddisfare istanze tipizzate secondo parametri qualitativi e quantitativi.⁶⁴

Si evidenzia così la natura convenzionale dei tipi normativi, comunque inidonei a tradurre la continuità dei fenomeni reali, poiché consistenti in modelli, per definizione, discontinui. La norma, infatti, può solo scomporre il reale in un processo asintotico di approssimazione. Già dal punto di vista metodologico bisogna ridimensionare l'importanza delle figure normative, necessariamente generiche e tendenzialmente livellatrici; e, quindi, proporre visioni aperte e gradualistiche, idonee a rappresentare con soddisfacente aderenza le forme effettivamente mutevoli.⁶⁵

⁶⁴ Per questa scelta di metodo, v. il nostro *Proprietà e società pluralistica*, cit. p. 289-292.

⁶⁵ Queste notazioni sono singolarmente sulla stessa linea di alcuni risultati raggiunti nella metà del secolo scorso nel campo della logica formale preposizionale. La dicotomia classica dell'attribuzione di solo due valori di verità (vero e falso) ad ogni proposizione mostra i suoi limiti nell'applicazione a campi della realtà non connotati da eccessiva astrazione e convenzionalismo. Non si può, nel *continuum* reale, equiparare forme intermedie ora all'uno ora all'altro estremo, sulla scorta di un procedimento per approssimazione (per difetto o per eccesso), la cui parte residua, quindi, rimanga assolutamente irrilevante.

Si spiega così la nascita di logiche polivalenti, che riconoscono anche valori intermedi e continui; ad es., se il valore del vero corrisponde a 1 e quello del falso a 0, queste logiche superano il principio del *tertium non datur* (che esclude, per l'appunto, valori di verità diversi dal vero o dal falso), ammettendo, invece, che un fatto possa essere vero per 2/3 e falso per 1/3, o vero per 1/5 e falso per 4/5. Vero e falso, tuttavia, sono solo due tra i possibili poli di una valutazione: altri potrebbero essere, ad esempio, l'applicazione o la non applicazione di una norma o di una regola di comportamento in genere. Per una panoramica dei problemi, si vedano PALLADINO D.-PALLADINO C., *Logiche non classiche*, Carocci ed., Roma, 2007; MANGIONE C.-BOZZI S., *Storia della logica*, t. II, CUEM ed. Milano, 1993, p. 718-751.

Ed è chiaro, quindi, come questa sorta di impostazione gradualistica logico-formale sia estendibile ad una teoria degli interessi. Del resto, il principio della responsabilità da atti leciti già si situa in un settore dominato da considerazioni di questo genere. L'indennità, ad esempio, è la risultante della mediazione tra l'esito dannoso e le proiezioni dell'attività del soggetto non ricadenti nella sfera dell'illecito; essa colma il vuoto degli interstizi esistenti tra lecito e giusto. In questo contesto, il suo collegamento con l'equità dimostra che quest'ultima assolve ad una funzione connettivale nel tessuto giuridico reale ed è proprio l'analogo giuridico del valore



6) Anche l'osservazione più superficiale consente di rilevare il connotato costante dell'interesse legittimo: la funzione di protezione da un potere che si esercita con un margine di discrezionalità.⁶⁶

Potere e dovere sono le categorie primarie, le unità elementari, componenti di qualunque costruzione di situazioni giuridiche soggettive,⁶⁷ che sono il frutto di combinazioni tra i due elementi, spesso frammentate da esigenze contingenti e situazionali.⁶⁸

Potere è, per il diritto, possibilità di porre o di non porre in essere uno stato di cose, nel senso che vi è una tutela rivolta a consentire sempre al soggetto titolare di poter scegliere; e, in secondo luogo, a rendere effettiva la scelta positiva di preferire e di attuare lo stato di cose, a presidio delle quali il titolare è stato investito del potere.

Pertanto, potere e autonoma capacità di soddisfazione non sono sempre correlati, poiché il potere giuridico non coincide con quello materiale; anzi, il riconoscimento giuridico di un potere si ha proprio quando il soggetto non è in grado, da solo, di realizzare quel preciso stato di cose.⁶⁹

intermedio e continuo in logica, intesa come termine la cui ampiezza applicativa si presta a quella delle manifestazioni del reale.

⁶⁶ Si tratta di un'affermazione ampiamente condivisa, com'è facile rilevare dalle citazioni della dottrina più volte richiamata. Il profilo relazionale dell'interesse legittimo (una situazione giuridica che "dialoga col potere": così SCOCA F. G., voce *Interessi protetti*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, vol.XVII, p. 9) introduce significative limitazioni all'idea di potere. Si evidenzia una logica comunitaria, se, come s'è detto, nel processo amministrativo non si contrappongono il "mio" e il "tuo", ma il "mio" e il "nostro": così ABBAMONTE-LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in SANTANIELLO G. (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, XX, CEDAM, Padova, 1997, p. 87-88.

Un'autorevole dottrina delineava i tratti costitutivi e distintivi della discrezionalità e dell'autonomia, così argomentando: "...". Su questa impostazione, v. le osservazioni sostanzialmente adesive di PUGLIATTI S., *Il rapporto giuridico unisoggettivo in Diritto civile*, cit. p.351, che osserva: "codesta formula di struttura serve poi al medesimo scrittore per la caratterizzazione della c. d. discrezionalità privata e la distinzione di essa dall'autonomia privata: anche in questo atteggiamento, meno facilmente definibile, della discrezionalità, <<un interesse essenziale è commisurato a interessi secondari che ne modificano il valore>>".

⁶⁷ V., da ultimo, la sintesi fatta da FALZEA A., *Gli interessi legittimi*, cit., p. 684: "Se dal punto di vista dell'azione, le due situazioni giuridiche fondamentali si raccolgono nelle figure generali del potere e del dovere, dal punto di vista degli interessi in funzione dei quali il diritto positivo ricorre alla concessione del potere o alla imposizione del dovere, le due situazioni fondamentali confluiscono, rispettivamente, nella situazione di interesse prevalente e nella situazione di interesse dipendente."

⁶⁸ Segnala l'enorme rischio di confusione GUASTINI R., *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, p. 95 ss.: "E' un fatto però che questo complesso vocabolario è usato in modo ambiguo e incostante, senza rigore; inoltre, sotto qualche aspetto, esso è ridondante, farraginoso, suscettibile di una radicale semplificazione, riducendo i significati di molti vocaboli e locuzioni a pochi termini definiti, tra i quali siano pure determinate le eventuali relazioni logiche."

⁶⁹ Nella particolare ottica della distinzione dall'interesse legittimo, è interessante il richiamo fatto da FALZEA A. (*Gli interessi legittimi*, cit., p. 684) alla nozione del diritto soggettivo come "interesse giuridicamente protetto", quale categoria generale delle situazioni giuridiche attive, che appare utile a ribadire la non autosufficienza dell'interesse, che, per realizzarsi, deve essere presidiato dall'ordinamento.



Piuttosto, gli schemi del diritto soggettivo assoluto e relativo descrivono una realtà binaria, ma convergente, al fine di soddisfare l'interesse: quando l'esercizio del potere non comporta un'immediata ingerenza nella sfera altrui, la capacità di attuare lo stato di cose congruo rispetto all'interesse protetto è lasciata direttamente al soggetto titolare; quando, invece, l'esercizio comporta l'intromissione nella sfera altrui, diventa necessario un atteggiamento positivo di cooperazione.⁷⁰

Vi sono, però, rilevanti eccezioni a questo schema: il potere della P.A di emanare atti restrittivi, ad esempio, è dotato per definizione del carattere dell'esecutorietà ed importa un'ingerenza nella sfera del privato; ma anche l'esercizio del potere privato (ad es., di licenziare un lavoratore dipendente) è produttivo di effetti immediati nella sfera giuridica altrui.⁷¹

Proprio in casi come questi la figura dell'interesse legittimo si può spiegare, perché assurge a strumento di contrasto e/o mitigazione o reazione ad un potere che, se travalicasse i propri limiti fisiologici, tradendo la *ratio* della sua attribuzione, potrebbe giungere autonomamente alla lesione dell'interesse del titolare contrapposto.⁷²

⁷⁰ E' questa la rappresentazione della complementarità delle situazioni di diritto relativo e obbligo, che si implicano vicendevolmente, rispetto alle quali il superamento della dicotomia diritto-obbligo si attua valorizzando il momento della cooperazione, finalizzata allo scopo comune di attuare il rapporto, pur nella contrapposizione apparente degli interessi: *“entrambi gli interessi giuridici, nelle rispettive posizioni di prevalenza e di dipendenza, sono assistiti giuridicamente da distinte pretese: ... al soddisfacimento del credito per l'uno, ... alla liberazione dall'obbligo per l'altro... alla prestazione del debitore per un verso ... alla cooperazione del creditore per l'altro verso.”* (FALZEA A., *Gli interessi legittimi*, cit., p. 687).

⁷¹ *“Dove finisce il confine legittimo del potere spettante al titolare dell'interesse prevalente insorge il potere giuridico spettante al titolare dell'interesse dipendente: potere di reagire con ogni mezzo posto dal diritto a garanzia degli interessi illecitamente lesi. In questo potere giuridico reattivo sta la tutela dell'interesse, giuridicamente rilevante, del soggetto dipendente, all'integrità della propria sfera giuridica contro gli atti illegittimi posti in essere dal soggetto dominante con l'esercizio illegittimo del potere accordatogli dalla legge a tutela del suo interesse giuridico prevalente.”* (così FALZEA A., *op. ult. cit.*, p. 686). E' interessante notare come l'A. perspicuamente trascende la dicotomia pubblico-privato ed adotta una nomenclatura omnicomprensiva e apparentemente neutrale, parlando di *“soggetto dominante”* e di *“soggetto dipendente”*, che ritiene più idonea a rappresentare, soggettivandoli, i rapporti di forza degli interessi a confronto. Non si tratta di un espediente dialettico, ma sembra profilarsi la consapevolezza della necessità di controllo, permanente e concreto, dell'esercizio dei poteri dei soggetti pubblici e privati in tutti i rapporti nei quali si manifestano interessi antagonisti, pur se non prevalenti.

⁷² Sulla rappresentazione di un sistema nel quale la coesistenza di valori e principi diversi – da ritenere ormai necessaria nelle odierne società multiculturali - impone inderogabilmente che ogni valore sia assunto in una valenza non assoluta, ma come principio *debole* e *aperto* alla convivenza e alla compatibilità con altri valori, v. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1993, in cui l'A. sottolinea come *“carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale)”*; ovvero, un sistema in cui il potere non dimentica l'obbligo, ovvero, parafrasando PANSA G. (*Il revisionista*, Milano, Rizzoli, 2009, p. 368) *“il vincitore non ignora il vinto”*.



L'interesse legittimo va a coprire proprio l'ambito teorico di quelle situazioni in cui il potere è capace di autonoma soddisfazione, ma nelle quali il suo esercizio può determinare un effetto svantaggioso nella sfera del portatore dell'interesse contrapposto.⁷³

In questo senso, quindi, l'interesse legittimo è una figura teorica generale, che trascende l'ambito proprio del diritto amministrativo e supera la ristretta ottica delle aree intraordinamentali.

La presenza dell'interesse legittimo implica l'esigenza che l'esercizio del potere, pur astrattamente legittimo, sia anche concretamente lecito, nel senso che l'effetto conseguito sia realmente funzionale all'attuazione del valore giuridico fondante la norma attributiva del potere.

Ciò costituisce un'integrazione dello schema condizionale della norma giuridica, sul quale si fonda il potere astrattamente legittimo, in presenza dei presupposti richiesti dalla proposizione ipotetica. Ai fini della valutazione della legittimità in concreto, è necessario, altresì, accertare che col suo esercizio si persegua anche il valore posto a fondamento della norma, in un'ottica sistematica, per evitare il conflitto e, comunque, perseguire il bilanciamento con altri valori di segno opposto o diverso, esistenti sia in fase congiunturale, che strutturale.

E'preferibile parlare di attuazione concreta del valore, proprio perché il sacrificio imposto al singolo soggetto deve giustificarsi con l'inveramento del valore al più alto livello e non resti una mera aspirazione soggettiva.

Nella dimensione dinamica si comprende il ruolo del principio di congruità dei mezzi rispetto ai fini, che meglio di ogni altro esprime la sintesi tra momento esigenziale ed esito soddisfattivo.⁷⁴

Una prospettiva del genere legittima un'interpretazione dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990 (c. d. legge sul procedimento) in termini non usuali: già la fase delicata dell'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare al procedimento amministrativo pone in dubbio l'area di incidenza dell'atto da assumere e, quindi, l'insorgenza di situazioni di interesse variamente qualificate e da tutelare.

⁷³ Coerentemente con le premesse già svolte: *“Di qui la posizione giuridica della pubblica amministrazione, nell'esercizio del potere di fronte al privato, come una posizione complessa – non diversa, sotto questo particolare aspetto dalla posizione del creditore – nella quale, accanto alla componente attiva che abilita all'azione realizzatrice dell'interesse pubblico, sta la posizione passiva, che si incentra nel dovere di attenersi ai confini assegnati al potere e nella conseguente responsabilità per lesione provocata alla sfera giuridica del privato con la violazione di quel dovere.”* (FALZEA A., *op. ult. cit.*, p. 688).

⁷⁴ Così spiega il fenomeno FALZEA A. (*Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 456-457, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 62-64; ID., *Gli interessi legittimi*, *cit.*, p. 683): *“...resta fermo il punto, secondo il quale la rilevanza giuridica apre all'interesse tutte le vie della tutela giuridica, che si adatterà alle circostanze secondo il criterio universale dell'adeguamento degli effetti giuridici alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico.”*



La congruità dei mezzi rispetto ai fini non è una necessità astratta ed interna alla singola fattispecie, ma serve a delimitare gli effetti dell'atto rispetto ai terzi, controinteressati eventuali.

Il concetto di partecipazione, nell'accezione desumibile dall'art. 7 l. n. 241/1990, si sostanzia nella tutela preventiva, attraverso la manifestazione, dell'interesse dal singolo, da prendere in considerazione e valutare comparativamente con quello degli altri soggetti, pubblici e privati, esposti a risentire gli effetti dell'atto.

Proprio l'indefinibilità *a priori* dei soggetti e l'incertezza della loro legittimazione alla partecipazione preventiva dimostrano la flessibilità degli assetti di interesse da considerare, naturalmente coesistenti e concorrenti con altri.

La complementarietà degli interessi è destinata ad integrarne e completarne l'assetto, quando essi sono equivalenti ed equiordinati; ma, quando essi si pongono su piani diversi, solo il meccanismo della sussidiarietà – in senso discendente o ascendente, orizzontale o verticale – può garantire la funzionalità del sistema.

La situazione giuridica più congeniale al modello della sussidiarietà è proprio l'interesse legittimo, da utilizzare per integrare i vuoti di tutela in condizioni di disparità, limitando la forza del soggetto prevalente affinché non prevarichi gli altri.

7) Quando il potere è allo stato puro, cioè assoluto e irrelato, non c'è spazio per l'esame del corretto esercizio della discrezionalità; per i terzi esiste solo la categoria del dovere. Ma queste due situazioni giuridiche esprimono una polarizzazione estrema e costituiscono un'ipotesi teorica ormai estranea alla realtà.⁷⁵ Esse non sono i termini di un rapporto giuridico, anzi lo escludono in radice e per definizione, perché il potere assoluto, se veramente è tale, è autosufficiente, non tollera ingerenze ed i terzi devono limitarsi ad astenersi (*neminem laedere*).

Questa impostazione ha ormai fatto il suo tempo ed è stata assoggettata a profonda revisione.⁷⁶

Le considerazioni svolte danno adeguata ragione dell'articolazione della struttura del diritto assoluto, come storicamente forgiata, per assecondare le esigenze pratiche della tutela dei valori del sistema. Funzionale allo scopo diventa, perciò, l'atteggiamento di astensione, che l'ordinamento prevede ed impone ai terzi, quale regola di comportamento (non attuativa,

⁷⁵ Questa constatazione è alla base delle riflessioni critiche svolte rispetto alla concezione di ROMANO Santi (in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 100 ss) da SANTORO PASSARELLI F., voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 748 ss..

⁷⁶ Questa concezione classica del diritto soggettivo è efficacemente riassunta da SANTORO PASSARELLI F., voce *op. ult. cit.*, p. 752 con interessanti rilievi critici: "Ma, se il concetto di rapporto giuridico viene svincolato da siffatto apriorismo e s'intende come proporzione tra situazioni giuridiche soggettive, non v'è ragione per negare l'esistenza di un rapporto anche quando si tratti di un dovere che si ritenga di ricondurre al generale divieto di *neminem laedere*."



ma) non ostativa all'attuazione del valore protetto, addirittura compatibile con l'inerzia del titolare.

Solitamente si indica nella necessaria relazionalità una caratteristica distintiva del diritto. Siamo, quindi, nel campo dell'ontologia giuridica: relazionalità significa anche limite ontologico (quindi, propriamente logico, gnoseologico e pragmatico) del diritto. Perché una norma possa applicarsi, la fattispecie dev'essere in qualche modo visibile dall'esterno. Da qui, quindi, la necessaria relazionalità e relatività di tutte le qualificazioni deontiche. Chiarito già abbondantemente che la qualificazione di comportamenti umani è l'oggetto del diritto, s'inferisce logicamente che si tratta di comportamenti che devono avere rilevanza esterna.⁷⁷

⁷⁷ E' probante in tal senso la conclusione cui perviene la giurisprudenza costante in tema di riserva mentale e matrimonio: *"Ne consegue che la delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione da parte di uno soltanto dei coniugi di uno dei "bona matrimonii" non può trovare ostacolo nell'ordine pubblico ove detta esclusione sia rimasta, inespresa, nella sfera psichica del suo autore, senza essere conosciuta o conoscibile dall'altro coniuge, quando sia il coniuge che ignorava, o non poteva conoscere, il vizio del consenso dell'altro coniuge a chiedere la declaratoria di esecutività della sentenza ecclesiastica da parte della Corte d'Appello. In tale senso si è costantemente già espressa questa Corte (Cass. 28 gennaio 2005, n. 1822; 1 aprile 2004, n. 6371; 30 maggio 2003, n. 8764; 28 marzo 2001, n. 4457) e sulla base di tale principio, che in questa sede va riaffermato, il ricorso deve essere accolto."* (Cass. civ., sez. I, 25.06.2009 n. 14906); *"La declaratoria di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno solo dei coniugi, di uno dei bona matrimonii, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo in effetti conosciuta, o che non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza, atteso che, qualora le menzionate situazioni non ricorrano, la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole. In quest'ambito, se, da un lato, il giudice italiano è tenuto ad accertare la conoscenza o l'oggettiva conoscibilità dell'esclusione anzidetta da parte dell'altro coniuge con piena autonomia, trattandosi di profilo estraneo, in quanto irrilevante, al processo canonico, senza limitarsi al controllo di legittimità della pronuncia ecclesiastica di nullità, dall'altro, la relativa indagine deve essere condotta con esclusivo riferimento alla pronuncia da delibare ed agli atti del processo medesimo eventualmente acquisiti, opportunamente riesaminati e valutati, non essendovi luogo, in fase di delibazione, ad alcuna integrazione di attività istruttoria; inoltre, il convincimento espresso dal giudice di merito sulla conoscenza o conoscibilità da parte del coniuge della riserva mentale unilaterale dell'altro costituisce, se motivato secondo un logico e corretto iter argomentativo, statuizione insindacabile in sede di legittimità."* (Cass. Civ., sez. I, 10 novembre 2006, n. 24047); *"In tema di delibazione di sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione da parte di uno dei coniugi del bonum fidei (obbligo di fedeltà), al fine di escludere il contrasto della sentenza con l'ordine pubblico interno, occorre che il giudice della delibazione proceda - ricavando il proprio autonomo convincimento dagli atti del processo canonico, con apprezzamento dei fatti acclarati dal giudice ecclesiastico insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente e correttamente motivato - all'accertamento della sola conoscenza o conoscibilità della suddetta riserva mentale da parte dell'altro coniuge (alla stregua dell'inderogabile principio della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole), mentre la eventuale notorietà, pubblica o privata, e la stessa sussistenza di una relazione intrattenuta dal coniuge con altra persona non è determinante, configurandosi come mero indizio - prudentemente valutabile dal giudice - della possibilità della suddetta conoscenza."* (Cass. Civ., sez. I, 29 aprile 2004, n. 8205) in *Dir. eccl.* 2004, 4, p. 457 con nota di LOSANNO A., *Sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale e impossibilità di delibazione: la riserva mentale e il contrasto con l'ordine pubblico interno*); *"In sede di delibazione di sentenza del tribunale ecclesiastico dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione unilaterale di uno di "bona matrimonii" (nella specie, indissolubilità del vincolo) il giudice, pur non potendo procedere al riesame del merito ed al controllo in ordine all'effettiva esistenza della riserva mentale, deve tuttavia accertare la conoscenza o la*



Più in generale, i comportamenti devono essere percepibili oggettivamente, perché devono essere valutati da un punto di vista estrinseco ed ordinamentale, in quanto sempre potenzialmente produttivi di “esternalità”, cioè di effetti diretti o riflessi su altre sfere giuridiche soggettive.⁷⁸

conoscibilità della suddetta riserva da parte dell'altro coniuge, accertamento estraneo al processo canonico per irrilevanza rispetto a quel diritto e necessario per stabilire la contrarietà o meno della delibanda pronuncia all'ordine pubblico italiano in relazione ai principi di affidamento e buona fede; tale accertamento, benché ancorato ai fatti risultanti in sede ecclesiastica, deve essere condotto con autonomia di giudizio ed adeguatamente motivato, essendo, in mancanza, censurabile in sede di legittimità la relativa statuizione per difetto di motivazione.” (Cass. Civ., sez. I, 29 aprile 1999, n. 4311 in *Dir. eccl.* 2000, II, p. 53; conf.: Cass. Civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2325 in *Dir. eccl.* 2000, II, p. 57).

⁷⁸ L'espressione, che può avere ambito applicativo più ampio, è mutuata dal lessico economico, nel quale le *esternalità* si verificano quando l'azione di un soggetto causa delle conseguenze (positive o negative) nella sfera di altri soggetti, senza che a questo corrisponda una compensazione in termini monetari (ovvero venga pagato un prezzo definito attraverso una libera contrattazione di mercato). In questo senso, un'esternalità è un bene per il quale non esiste un prezzo di mercato. Perché si parli di esternalità occorre che essa derivi da una azione non intenzionale. L'esternalità è riferibile, quindi, anche quale effetto di una transazione fra due parti, che ricade verso una terza (soggetto esterno), che però non ha avuto alcun ruolo decisionale nella transazione stessa.

Nel diritto amministrativo il concetto di “*interesse riflesso*” è stato abbondantemente approfondito, specie dal punto di vista processuale, per delimitare i possibili casi di legittimazione nella concreta articolazione delle posizioni soggettive: “*Nel processo amministrativo la qualità di controinteressato non va riconosciuta a chiunque abbia un generico interesse a mantenere efficace il provvedimento impugnato, ma solo a colui che da esso ha ricevuto un vantaggio diretto e immediato: pertanto, non sono qualificabili come controinteressati i soggetti la cui posizione è incisa dal provvedimento impugnato solo in modo indiretto e riflesso.*” (T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 21 novembre 2008, n. 2928); “*Non sussiste la legittimazione a proporre l'opposizione di terzo, ove la posizione del soggetto interessato non sia riconducibile a quella dei controinteressati pretermessi (soggetti comunque contemplati dai provvedimenti impugnati), ancorché non facilmente identificabili; dei controinteressati sopravvenuti e dei terzi titolari di una situazione giuridica autonoma ed incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione (nel caso di specie, la posizione della società G.S. s.p.a. poteva definirsi come quella del titolare di un diritto dipendente ovvero del soggetto interessato di riflesso, rispetto ai quali, per definizione, non sussiste il requisito dell'autonomia della posizione soggettiva stessa)*” (Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 230, in *Foro amm.* CDS, 2008, 1, 162); “*Il rimedio dell'opposizione di terzo, introdotto nel processo amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 17 maggio 1995, è consentito ai controinteressati pretermessi, ai controinteressati sopravvenuti, ai controinteressati non facilmente identificabili e in generale ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza opposta, i quali denunciano in sostanza sia la violazione di un proprio diritto processuale all'integrità del contraddittorio sia la prevalenza della propria situazione giuridica soggettiva sostanziale autonoma ed incompatibile rispetto a quella cui il giudice della sentenza opposta ha dato tutela; non sono invece legittimati i titolari di diritto dipendente ovvero interessati di riflesso, non sussistendo per gli stessi, per definizione, il requisito della autonomia della loro posizione soggettiva.*” (Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2442, in *Foro amm.* CDS 2007, 5, 1457); “*Per giustificare un intervento "ad opponendum" nel giudizio amministrativo non occorre la titolarità di un interesse giuridicamente qualificato, ma è sufficiente essere portatori di un interesse di mero fatto, ovvero, mediato e riflesso rispetto a quello vantato dall'amministrazione o dai controinteressati e rivolto alla conservazione del provvedimento impugnato.*” (Cons. St., sez. VI, 02 febbraio 2007, n. 425, in *Foro amm.* CDS, 2007, 2, 589); “*La partecipazione al procedimento, ex art. 7 l. n. 241 del 1990, spetta ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti non semplicemente in via riflessa e derivata e tale categoria, oltre i diretti destinatari del provvedimento finale, è individuabile nei soggetti, nei cui confronti quest'ultimo può produrre un pregiudizio (i c. d. controinteressati). Ne consegue che tali non sono gli*



Spesso si confonde l'ambito di autonomia lasciato ai singoli col concetto di irrelazione: se questa significa capacità di esercitare e soddisfare autonomamente il proprio diritto e contestuale diritto di escludere i terzi da qualsiasi ingerenza, il diritto assoluto ne è il prototipo.

In ogni caso, si tratta di “*irrelazione relativa*”, che acquista tratti di relatività rispetto ad altri soggetti portatori di interessi opposti. Sarebbe un ossimoro, logicamente non giustificabile, se non individuassimo la ragione della sua assurdità nella tentazione di percorrere la scorciatoia valutativa, giungendo a considerare irrelato qualunque interesse che, in situazione, risulta prevalente, ma che – per confrontarsi, anche se vittoriosamente – deve relazionarsi rispetto ad un altro.

Il problema è, invece, più articolato: ogni qualificazione giuridica presuppone un'entità che la opera, cioè l'ordinamento giuridico, il quale può farlo solo in quanto l'oggetto ne sia suscettibile.

Quindi, se un interesse appare tutelato in modo così forte rispetto ad altri, da apparire irrelato, esso non lo è mai rispetto all'ordinamento che lo qualifica tale, proprio perché trae la sua tutela dalla relazione con l'ordinamento.

Inoltre, spesso un interesse può apparire irrelato dal punto di vista privatistico, ma non da quello pubblicistico. Così, ad es., è per il diritto assoluto, che per definizione può essere sottoposto a limiti: in altri termini, si vuole affermare che, se anche fosse storicamente possibile che un potere si ritrovi ad essere tutelato senza alcun limite, ciò sarebbe sempre frutto di una contingenza assiologica e/o ideologica, ma non costituirebbe una costante ontologica.

Il sintagma “*potere irrelato*”, quindi, lascia molti dubbi dal punto di vista teorico-pratico; ma è, invece, fecondo euristicamente, se si recupera la sua dimensione idealtipica e lo si considera come polo concettuale attorno a cui far ruotare le figure contingenti ed intermedie.

La costruzione del diritto soggettivo come “*potere irrelato*” ha sorretto la tradizionale configurazione del diritto di proprietà e – per traslato e sublimazione – dei diritti della personalità.⁷⁹ Ambedue queste figure sono figlie di questa contraddizione e la loro comprensione più profonda impone di svelare l'equivoco annidato nel sintagma.

aventi causa a titolo contrattuale dell'operatore economico, nell'ipotesi in cui la attività svolta da questi nei loro confronti sia stata interessata da provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (nella specie trattavasi di provvedimenti sanzionatori per abuso di posizione dominante interessanti una società di servizi di telecomunicazione)”(Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, in Foro amm. CDS 2006, 3, 941).

⁷⁹ Il riferimento al processo di “*sublimazione*” del diritto soggettivo, trasmigrato dalla sfera della materialità della proprietà alla sfera della proprietà sulle cose immateriali, per poi approdare al lido dei diritti della personalità rende obbligato il richiamo di alcune riflessioni, che la dottrina ha fatto nel tempo, quando ha segnalato sia la difficoltà di mutuare gli schemi proprietari, per adattarli alla proprietà di cose immateriali (PUGLIATTI S., *Sulla natura del diritto personale di autore*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, n. 4 ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 343 ss.); sia per denunciare la rinascita del fenomeno ideologico della “*logica proprietaria*” applicata a settori diversi, per meglio proteggerli, dotandoli – appunto – di una tutela forte ed *erga omnes* (RODOTÁ S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali* in *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, p. 33 ss, spec., p. 46: “... si tratta



Il trapasso dalla dimensione strutturale a quella funzionale delle situazioni giuridiche, attribuite con riguardo ad un valore tipizzato e protetto, evidenzia ed esalta il ruolo dell'elemento teleologico, sul quale si fonda l'attribuzione del potere.

Se è vero che i diritti della personalità sono il frutto della trasfigurazione del potere proprietario, c'è da verificare quanto essi si siano distanziati e resi autonomi dal concetto-madre; c'è da chiedersi quanto possa refluire sulla loro concezione l'introduzione della funzione sociale nello schema della proprietà. La domanda obbligata è la seguente: basta la loro emancipazione da presupposti patrimonialistici a renderli insensibili al processo di valutazione in chiave di socialità, superando il limite (apparente) connaturato dell'individualità pura?

Il dato innegabile dei diritti della personalità è che essi, pur facendo capo alla stessa sfera giuridica (più che alla persona intesa come substrato fisico) che struttura l'identità del singolo, non sono autoreferenziali, ma trovano la loro fonte, il loro banco di prova, nel riscontro sociale, cioè nella fase della estrinsecazione, dove sono esposti al rischio di lesione.⁸⁰

La domanda non è retorica né connessa ad una vuota esercitazione teorica, ma presenta profili di rilevanza, ove si ricollegli a questioni connesse alla tutela della *privacy* o di altri diritti della personalità, a proposito dei quali si vedranno nelle pagine seguenti le possibili conseguenze applicative.

di definirne concretamente la portata, anche alla luce delle spinte verso l'espansione delle tecniche proprietarie per la tutela di nuove categorie d'interessi candidati alla protezione giuridica.”; ID, Il sistema costituzionale della proprietà, ivi, p. 359: “La tutela <<forte>>, di derivazione proprietaria, è così disponibile per qualsiasi interesse che la indeterminatezza del modello consente di prendere in considerazione.”.

⁸⁰ Osserva riassuntivamente INFANTINO L., *L'individualismo, cit.*, p. 7: “l'identità di ciascuno nasce tramite il rapporto interindividuale”; poi, nel riprendere citando testualmente l'affermazione di DE MANDEVILLE B. in *The fable of the Bees or Private Vices, Publick Benefits*, vol II, ribadisce la constatazione che “...Diveniamo socievoli vivendo insieme in società.” Ancor più pregnante rispetto alle questioni sottese nel testo è il richiamo che l'A. fa a POPPER K. R. (*Materia, coscienza e cultura*, trad. it. Armando, Roma, 1981, p. 136), secondo il quale, “...non nasciamo come io, ma ... dobbiamo imparare a essere degli io”; ed, inoltre: “la coscienza di sé comincia a svilupparsi attraverso la mediazione di altre persone: nello stesso modo in cui impariamo a vedere noi stessi in uno specchio...; Da tutto ciò deriva il mio disaccordo con la teoria dell'<Io puro>”(ivi, p. 139).



8) L'evoluzione del sistema verso forme istituzionali democratiche e l'istanza di giustizia distributiva hanno comportato la progressiva diffusione del potere.⁸¹ Specie grazie all'ingresso del concetto di funzione sociale, è penetrata nella struttura dei poteri privati l'esigenza di rispettare anche un limite intrinseco, che ne ha determinato e modificato l'articolazione interna.

Il potere, così concepito, infatti, si estrinseca con l'esercizio di facoltà oggettivamente orientate a perseguire i fini sociali del sistema, in cui diventa variamente rilevante la posizione dei terzi rispetto al bene della vita oggetto del diritto.

Osservate a distanza di parecchi decenni, si comprende ancor meglio oggi che le riflessioni svolte da Pugliatti nella seconda metà degli anni trenta sul concetto di funzione, riconnesso al diritto di proprietà nella duplice versione di proprietà-funzione e di proprietà funzionale,⁸² hanno costituito un elemento di rottura del precedente assetto dogmatico, legato allo schema monolitico del potere in genere e di quello dominicale in particolare; ed hanno introdotto elementi anticipatori di successive soluzioni interpretative delle norme comunque riferibili alla proprietà e/o all'iniziativa economica.

L'ingresso di un fattore di funzionalizzazione supera la dimensione strutturale rigida, smentisce l'autosufficienza del potere, che deve trovare fuori di sé la propria giustificazione, nello scopo da conseguire, che non è sempre uguale, ma è esposto al cambiamento del contesto in cui si opera, quindi necessariamente duttile, adattabile, molteplice; in altri termini, pluralista.

⁸¹ Per converso, la considerazione che qualunque attività normativa si riflette sulla generalità dei consociati e sul sistema giuridico, inteso nella complessità di tutti i suoi formanti, compreso quello economico, pone in risalto l'esistenza di limiti materiali, quasi "fisici", all'attività normativa o provvedimentale. E', questo, il significato del concetto di "compatibilità economica", che non rappresenta una forma di manifestazione della funzione sociale, ma, più in generale, diventa una manifestazione della capacità di autoconservazione, una clausola intrinseca di salvaguardia del sistema, basata su valutazioni di carattere economico e, solo mediamente, assiologico. Il profilo valoriale rientra, ovviamente, nella misura in cui l'esistenza di risorse scarse impedisce la tutela massima di ogni valore e interesse (a prescindere dal frequente rapporto di conflittualità e di complementarità): a questo punto, si è costretti ad elaborare una scala di priorità, che ovviamente non si confonde con (ma non può neanche prescindere dalla) gerarchia dei valori intraordinamentali. Per un esame dei presupposti e del rilievo categoriale del concetto di "compatibilità economica", v., da ultimo, il nostro *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008.

⁸² Negli scritti degli anni '30, ora ricompresi in "La proprietà nel nuovo diritto", l'A. si chiede se la proprietà possa essere considerata una funzione. La risposta negativa si fonda sull'asserzione per cui "funzione si avrebbe quando il soggetto che ne è investito fosse tenuto ad agire per l'attuazione di un interesse alieno (oltre che di un interesse pubblico), in base ad un dovere giuridico di esercitare quella attività in quanto intesa ad attuare l'interesse pubblico... il soggetto investito della funzione è dunque attuazione del pubblico interesse... la funzione non è un diritto soggettivo, che implica una somma di facoltà libere, se pure sottoposte a specifiche limitazioni... funzione e diritto soggettivo sono entità che divergono e non si possono conciliare." (p. 141).



La dimensione funzionale rende rilevanti e dà accesso alla considerazione di interessi alternativi e disomogenei rispetto a quelli del titolare del diritto soggettivo: il loro rispetto giustifica l'esercizio del potere conferito al titolare del diritto.

La questione, oltre ad avere un significato ideologico,⁸³ ne ha almeno un altro di natura squisitamente teorica.

La scelta circa il primato tra l'elemento strutturale e quello funzionale era ineludibile. La concezione del diritto come sistema e l'attenzione profonda al binomio struttura-funzione si conciliano, in Pugliatti, senza sfociare nelle derive del funzionalismo più estremo.⁸⁴ Questo passaggio si coglie, specialmente, proprio quando il Maestro, nel negare che la proprietà *sia* una funzione, afferma che la proprietà *può avere* una funzione sociale, con ciò rivendicando la *flessibilità strutturale dello schema* della proprietà, preparandone *l'esito pluralista delle proprietà*.

Afferma precisamente che *“l'idea della funzione sociale non può assumersi in modo troppo generico, per esempio come riflesso che il proprietario, quale individuo, fa parte di un aggregato sociale...”*; ma anche che *“la funzione sociale, come elemento costitutivo che incide, non puramente uno scopo che aleggia al di sopra della proprietà difficilmente si distingue dalla funzione in senso tecnico”*. Essa diventa, quindi, l'elemento che media tra le opposte vocazioni della proprietà esclusivamente privata o pubblica e viene indicata, quindi, come *“complesso di specifici atteggiamenti nei quali si tende a realizzare, attraverso la proprietà, un concreto e particolare interesse pubblico”*. Tali atteggiamenti non sono altro che gli *“obblighi speciali, singolari, stabiliti da particolari disposizioni di legge”*.

Manca, quindi, *“una fonte formale”* da cui derivi un obbligo di carattere generale e, quindi, *“si potrà dire che in una determinata epoca la funzione sociale della proprietà è più o meno ricca o accentuata”*.⁸⁵

⁸³ Il quesito sarebbe se la proprietà sia nient'altro che una funzione: se essa diventa uno strumento vuoto, non esprime più l'autonomia del privato, non è più un diritto connaturato all'essenza stessa dell'uomo, in palese contrasto con le teorie liberali ancor prima che liberiste.

⁸⁴ *“Viceversa, l'intesa si rende necessaria. Non sembra, infatti, legittimo costruire le figure giuridiche unicamente sulla base della struttura, senza – diciamo così – la terza dimensione funzionale o teleologica.”* (*La giurisprudenza come scienza pratica, cit.*, p. 120).

⁸⁵ PUGLIATTI S., *op. ult. cit.*, p. 141-144. La giustificazione teoretica del diritto stesso riposa proprio sulla necessità di riportare *“..armonia, congruenza, equilibrio, compatibilità..”* (CHIODI G. M., *L'equità*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 49-50) tra interessi divergenti e alternativi, che non si compongono spontaneamente. Anzi *“la sfiducia è il fondamento metodologico (del diritto) e il sospetto il suo fondamento psicologico”* (ID., *op. cit.*, p. 149): con questa presa di posizione incisiva e suggestiva si rim manifesta l'atteggiamento hobbesiano dell'*homo homini lupus*. In Chiodi, tuttavia, la presenza di un conflitto è condizione di validità in concreto di una norma: ove quello mancasse, essa perderebbe non solo la sua ragion d'essere, ma anche lo statuto di norma valida. Queste notazioni meritano di essere riportate, a margine di un discorso sull'interesse legittimo di diritto privato, perché esprimono in modo velato come il diritto non possa concettualizzare rigidamente, né selezionare ed eliminare arbitrariamente poli d'interessi vivi nella storicità del sistema. Il fattore di funzionalizzazione è proprio l'elemento che media tra il valore sostanziale e la disposizione giuridica formale, cioè tra il valore posto alla base di una norma attributiva di poteri e il resto del sistema, col quale va a confrontarsi e



La “*fonte formale*” è poi stata introdotta con l’art. 42 della Costituzione del 1948. Essa ha sanzionato il compromesso dinamico tra le forze politiche attorno alla formula della funzione sociale, capace di assorbire, attualizzare e razionalizzare le tensioni antagoniste emergenti nel tessuto sociale, grazie all’elasticità propria delle clausole generali.⁸⁶

La scelta costituzionale ha introdotto in forma irreversibile gli elementi costitutivi di un nuovo modello di proprietà e di iniziativa economica, subordinandone la tutela al loro esercizio coerente con la funzione sociale.

In questa linea di pensiero, si è già evidenziato come la formula “*funzione sociale...sia stata una clausola armistiziale, idonea soltanto a sospendere e/o rinviare la battaglia politica per la determinazione dei rapporti economico-sociali, da combattere fuori dalla sede costituente, nella quotidianità dei rapporti tra le forze politiche*”; e che “*nel generale clima compromissorio che ha caratterizzato la ricerca di esiti unitari del lavoro dei costituenti, si è operato un rinvio alla fonte, cioè alla volontà del popolo, che si esprime attraverso le scelte politiche e legislative delle forze egemoni, che riescono – volta per volta – a dare contenuto coerente con la propria ispirazione a questa clausola generale aperta del nostro sistema. La ‘funzione sociale’*

armonizzarsi: è, quindi, l’entità giuridica e pregiuridica, che deve sovrintendere a qualunque regolamentazione di situazioni.

Sul problema della complessità del reale, si veda, ad es., l’insegnamento di DE STEFANO R., *Quaderni filosofici*, I, Giuffrè, Milano, 1999, p. 23-28: è possibile immaginare ogni manifestazione della realtà come una situazione composta da una serie indefinita di variabili, cui si attribuiscono valori certi in un processo continuo. Ciò significa, in altri termini, che la realtà, in ognuna delle sue manifestazioni, procede temporalmente verso un grado sempre maggiore (però, mai verso la completa e totale) determinazione: quindi, ogni situazione presenta sempre un grado ineliminabile d’indeterminatezza, in quanto è indefinibile lo stesso numero delle variabili, che - secondo l’A. - vengono man mano sostituite da costanti.

PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 141: “...l’indeterminazione è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo.” Osserva PARESC E., *Presentazione*, ibidem, p. XIII: “In questo continuo scambio di posizioni fra la <scienza del diritto>, fortilizio della logica, e la storia, intesa come elemento creatore, mai intimamente compreso, si susseguono e si intrecciano una serie di acuti avvistamenti e fulguranti intuizioni che fanno ... di questo scritto la più rilevante testimonianza della doppia anima del suo autore e forse della giurisprudenza”.

Sulla metodologia da utilizzare per conseguire il passaggio dalla complessità all’ordine, v. le recentissime riflessioni di FALZEA A., voce *Complessità giuridica*, cit. p. 201-218.

⁸⁶ RODOTÁ S., *Il sistema costituzionale*, cit., p. 259 ss., spec. p. 301: “*Si può aggiungere che il carattere proprio dell’art. 42 finisce così con l’essere non tanto quello del punto di arrivo di un compromesso, quanto piuttosto lo specchio delle molte ambiguità di quella stagione politica, rispetto alla quale l’unica vera mediazione possibile sembrava quella legata ad una formulazione dell’articolo che non lo irrigidisse in forme tali da farne un ostacolo agli ancora incerti svolgimenti del futuro*”.

Questa conclusione è in linea con l’insegnamento di chi (MARTINES T., *Fortuna e declino dei concetti di sovranità e autonomia*, in *Economia Istituzioni Territorio*, 1990, n.1, p. 7 ss., ora in *Opere*, I, Milano, 2000, p. 594) riteneva che “Il modello delineato dalla Costituzione, proprio perché di transizione, non può rimanere invariato per un arco troppo lungo di tempo: esso è destinato ad evolversi o a regredire; la sua immobilità equivarrebbe ad un graduale ritorno all’antico. Lo stato attuale della questione ... dimostra che le antinomie interne sono venute nel massimo rilievo e rischiano di esplodere... Quest’ultima prospettiva potrà trovare, come sempre accade, i suoi cantori, ma sarà ugualmente il segno del fallimento dell’innovazione introdotta, seppure con incertezze e contraddizioni, dalla Costituzione.” (la sottolineatura è nostra).



non è formula a contenuto costante, ma subisce essa stessa gli effetti dello scontro tra le parti sociali; essa presuppone il metodo del confronto politico democratico per la composizione dei conflitti. Diviene, in realtà, un principio di individuazione dinamica della ragione della disciplina dei beni sub species proprietatis. Essa colloca in una dimensione teleologica i problemi di appartenenza dei beni e di rapporti tra il soggetto e la realtà esterna, che sia omologa rispetto alle forze sociali egemoni nel dato momento storico.... Se si riconosce alla funzione sociale il ruolo di modulatore flessibile del rapporto con i beni, occorre dire che ciò non avviene solo nell'ambito di un contesto particolare, cioè all'interno di una delle articolazioni della nostra società; essa, anzi, assolve la propria più elevata mansione quando si afferma come metodo di composizione di conflitti sociali tra gruppi diversi (proprietari e non proprietari, locatori e inquilini, latifondisti e contadini).”⁸⁷

I modelli attuativi della funzione sociale sono stati vari, parziali ed esposti al cambiamento, perché rimessi alle scelte del legislatore ordinario; hanno espresso la sintesi della dialettica tra le forze sociali, che nel tempo hanno esercitato la loro influenza politica, traducendo in norme la propria egemonia programmatica.⁸⁸

Collocato nel contesto costituzionale, il percorso seguito nella individuazione dei profili delle situazioni giuridiche, qualificabili come interessi legittimi, è più agevolmente descrivibile, se si ha riguardo alle due aree più cospicue di attività: la proprietà e l'impresa. In ambedue i campi :

- 1) i connotati della discrezionalità dell'esercizio del potere sono bilanciati dal suo necessario orientamento verso la funzione sociale;
- 2) i terzi sono estranei alla titolarità del potere, ma non devono subire conseguenze negative dal suo esercizio da parte del titolare;

⁸⁷ Così nel nostro *Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà* in *La civilistica italiana*, cit., p. 557 ss., spec. p. 562-563,

⁸⁸ Il meccanismo normativo prevede il momento attuativo delle norme costituzionali, specie di quelle ritenute meramente “*programmatiche*” (a prescindere dalla legittimità e fondatezza della distinzione da quelle “*precettive*”). L'esperienza concreta ha dimostrato che il quadro spesso è stato confuso e contraddittorio, tanto da indurre ad una sconcertante conclusione: IRTI N., *Il salvagente della forma*, cit.:(p.8) “*Il frammentismo - una norma qua una là, che si urtano e contraddicono; norme di fonti diverse e di contenuto discordi, norme precarie, appena emanate, e subito o modificate o abrogate; l'ossessiva ansietà di cambiamento -, tutto un paesaggio sconvolto e disfatto, va in cerca di un punto stabile e continuo, e trova ordine nella forma del produrre*”; (p. 9) “*Alla verità del messaggio divino, dell'eterna natura e della ragione umana, subentra la validità della procedura. E, se pure il diritto si fa s-radicato e s-confinato ..., e perciò si scioglie dalla fecondità terrestre del nòmos, ad esso rimane la garanzia della forma. Nulla è più naturale, nulla giunge dalla tradizione, ma tutto è artificiale e costruito dalla volontà. Il valere del diritto è nel volere, che sia capace di attraversare i canali delle procedure (nomodotti) e di calarsi nelle forme della posizione giuridica.*”

Una diversa impostazione, improntata alla speranza ed in chiave pluralista, si coglieva in MARTINES T., *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957 e *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, ora in *Opere*, I, cit., p. 3 ss. e p. 239 ss., in cui la dialettica delle forze politiche esprime la capacità del sistema di tradurre nelle norme ordinarie i principi costituzionali, creando quella che – sulla scorta dell'insegnamento di Costantino Mortati – diventa la costituzione in senso materiale, quale risultante del confronto tra le forze politiche. Più affine a questo secondo orientamento è la nostra impostazione, per la quale, v. *Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà*, cit., p. 557 ss., spec. p. 562-563.



- 3) la versione proprietaria del limite è la sanzione per l'inattività (art. 838 c. c., c.d. espropriazione-sanzione),⁸⁹ mentre il divieto degli atti emulativi è il sintomo di una patologia, che si iscrive nell'ambito del più vasto problema dell'abuso del diritto⁹⁰;
- 4) la versione imprenditoriale del limite è il riflesso del precetto dell'art. 41 cost. sulla struttura dei poteri e doveri descritti dagli artt. 2085-2089 c.c..

Questo livello di analisi è, però, insoddisfacente, perché rivolto più a risolvere vecchi problemi di compatibilità tra diritto soggettivo e funzione sociale, ma è inidoneo a svelare le potenzialità applicative consentite dopo l'introduzione della funzione sociale nella Costituzione.

Anzitutto, va rilevato il fenomeno dell'inversione del senso di marcia del potere dominicale, tradizionalmente concepito come discendente dall'alto. Esso ora ha trovato la propria fonte di legittimazione in una formula dinamica, la funzione sociale, il cui contenuto precettivo è *in fieri*, perché si determina al momento della definizione degli assetti politico-sociali riferiti alle scelte sul godimento dei beni e sulle loro ricadute sul tessuto economico.⁹¹

⁸⁹ PUGLIATTI S., *Interesse pubblico e privato nel diritto di proprietà*, in *Atti del Primo congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze 1935, nonché *La definizione della proprietà nel codice civile* ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., risp. p. 45 e p. 138.

⁹⁰ Il parallelismo tra le figure dell'atto emulativo ex art. 833 e dell'eccesso di potere come vizio di legittimità dell'atto amministrativo è espressione del differente modo d'intendere le relazioni giuridiche nelle rispettive branche del diritto. Volendo accedere a una concezione restrittiva, è possibile affermare che il collegamento dell'abuso del diritto all'art. 833 c.c. è limitativo, perché riferito all'esercizio dei soli diritti reali; e che ivi è sanzionata solo una particolare ipotesi di dissociazione tra struttura e funzione, cioè solo quando l'atto, pur rientrando, in astratto, nelle facoltà ricomprese nel diritto reale, determina per un altro soggetto esclusivamente un nocumento, la cui verifica ne è stato l'intento determinante.

L'eccesso di potere dell'atto amministrativo è figura applicabile, invece, in tutti i casi di effettiva ed oggettiva divaricazione tra la struttura e la funzione propria del potere conferito, spinta fino alla distorsione della prima per finalità estranee o contrarie alla seconda. Non è necessario l'accertamento, quindi, del deliberato *animus nocendi* da parte dell'organo. Queste differenze di regime sono solo in parte derivazione logica della diversa configurazione dei differenti ambiti di esercizio del potere.

La soluzione normativa che vieta solo gli atti che sono mera espressione dell'*animus nocendi* è sicuramente dettata da una concezione individualistica: il parametro di giudizio, infatti, è sempre interno alla relazione del proprietario col bene.

⁹¹ Questo diverso orientamento metodologico implica il superamento del c. d. "costruttivismo sociale" a favore del c. d. "individualismo metodologico", che va oltre la contrapposizione tra psicologismo e collettivismo, ponendo al centro del sistema l'idea che "fabricando fabri fimus", cioè che "l'attore è quindi attore sociale", che opera senza un "legame esterno, imposto da un Grande Pianificatore o Legislatore onnisciente", ma secondo "...una scelta dell'attore e un co-adattamento realizzato attraverso l'interazione. E non solo: bisogna considerare che l'autonomia poggia su specifiche condizioni storico-sociali... che l'azione individualistica è un tipo di azione sociale: i modelli individualistici di agire sono forme sociali di vita." (INFANTINO L., *Prefazione a Individualismo*, cit., p. 15-16)



Dalla presa d'atto del cambiamento del senso di marcia delle situazioni soggettive funzionali al controllo sui beni, tradizionalmente tipizzate nelle figure dei diritti reali, deriva il superamento della precedente struttura dei poteri, che si collocavano in una scala discendente - dalla proprietà ai singoli *iura in re aliena* - secondo un modello derivativo-constitutivo, insito nel sistema proprietario individualistico.

L'elasticità del dominio esprimeva plasticamente l'aspirazione del *dominus* all'autonomia assoluta, assorbiva nella sua sintesi superiore il conflitto con i terzi, mascherando le tensioni nascenti dall'insofferenza verso forme parziali di intromissione nella gestione della cosa.⁹²

L'entrata in campo della clausola costituzionale della funzione sociale ha modificato lo schema, fino a ribaltarne il funzionamento, novando la ragione giustificatrice della tutela.

La proprietà ha perso, in tal modo, il proprio connotato genetico di diritto assoluto a contenuto totalizzante e predeterminato, ma è diventata un punto di riferimento che si definisce in relazione ai "*poteri possibili*", nel dato momento storico, quale esito del confronto delle parti sociali coinvolte e contrapposte nel conflitto per la gestione dei beni.⁹³

⁹² Analogamente era avvenuto col meccanismo dei *plura dominia*, in cui il potere veniva concesso dal sovrano, che subiva la presenza dei propri vassalli sul territorio, in una condizione di compromesso, che gli consentiva di mantenere il potere centrale al prezzo di cedere il controllo su parti del territorio e/o su una quota dei proventi fiscali da esso ritraibili.

⁹³ Questa impostazione si coniuga a quella fatta per individuare una possibile linea di demarcazione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, secondo uno schema che appare senz'altro convincente e produttivo, scelto da ROMANO TASSONE A., voce *Risarcimento*, cit., p. 1000, quando rileva: "In tale prospettiva, la norma prefigura tendenzialmente tutte le possibili combinazioni degli interessi sociali (è il famoso dogma della completezza dell'ordinamento), e disciplina, attribuendo diritti o imponendo obblighi, ciascuna fattispecie (è questo, ovviamente, il diritto di una società "semplice", in cui gli interessi rilevanti sono pochi e ben conosciuti, e poche e prevedibili ne sono le variabili combinatorie). L'avvento della cosiddetta "società complessa", per il semplice fatto di moltiplicare a dismisura gli interessi socialmente rilevanti e dunque le reciproche possibili interazioni tra di essi, ne preclude l'esauriente previsione, ed impedisce che ad ogni fattispecie venga assegnata una soluzione sostanziale dirimente: là dove si verifica questa impasse, l'ordinamento attinge dunque la propria completezza non più graduando gli interessi in ogni singola fattispecie, ma ponendo le regole per il loro confronto, che avviene senza un esito giuridicamente predeterminato. Il diritto disciplina così lo svolgersi del conflitto, ma non la sua soluzione. Orbene, il diritto soggettivo esaurisce tendenzialmente le modalità di tutela giuridica degli interessi là dove l'ordinamento pone una regola sostantiva che determina a priori, nella fattispecie data, ciò che spetta a ciascun soggetto, ai cui interessi viene dunque assicurata, entro questi limiti, soddisfazione piena. Ma se al diritto come scioglimento del conflitto si affianca il diritto come "struttura del conflitto", allora si creano le condizioni per una diversa ed ulteriore modalità di protezione giuridica diretta degli interessi del soggetto, non più fondata sulla loro necessaria soddisfazione, ma sulla sola garanzia della possibilità di ottenere un risultato favorevole. La soddisfazione dell'interesse considerato non è dunque, a priori, necessaria perché l'interesse del privato risulti oggetto di diretta protezione giuridica, ma è sufficiente, per questo, che essa sia anche solo eventuale, e legata alla condizione che l'interesse stesso risulti in concreto da premiare nel confronto (che può proporre di volta in volta sia convergenze che divergenze) con gli altri interessi contemplati dall'ordinamento. La valutazione di meritevolezza di un interesse sociale da parte dell'ordinamento giuridico non esige dunque che esso sia soddisfatto, ma può tradursi anche nel semplice riconoscimento della sua possibile realizzazione (analogamente, la crescente complessità degli ordinamenti contemporanei fa sì che la qualificazione giuridica del fatto non si esaurisca nell'attribuzione dell'efficacia, ma avvenga anche per il tramite della categoria autonoma della rilevanza). Nel chiuso



Per ragioni radicalmente opposte alla *Grund Norm* nella ricostruzione kelseniana della gerarchia delle fonti,⁹⁴ la proprietà tradizionale è un diritto presupposto. Kantianamente, può anch'essa presentarsi come la *sintesi a priori*⁹⁵ tra titolarità (aspetto formale, dogmatico) e controllo (aspetto materiale, empirico).

Viceversa, il contenuto della proprietà non è un dato, ma un risultato; non è la fonte dei (poteri) diritti parziari, che sono sempre alternativi rispetto ad essa, anche quando la fonte costitutiva è pattizia; essa non li subisce, ma li supera, quando la loro forza non è tale, da legittimare il controllo pieno sul bene. In altri termini, la proprietà è diventata un potere che si colloca su un livello superiore, trascendente la tipicità delle singole figure di godimento, collocato nell'area indefinita, ma residuale, rispetto al controllo dei terzi e, perciò, non definibile *a priori*.⁹⁶ In definitiva, essa assurge a funzione trascendentale rispetto alle singole

novero delle situazioni giuridiche soggettive attive, si crea così lo spazio per altre figure che non siano il diritto soggettivo, e che partecipino al tempo stesso della logica della "spettanza" cui quest'ultimo è organicamente informato."

⁹⁴ KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, trad. it. di G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966. La *Grund Norm* è il presupposto logico-trascendentale della validità oggettiva delle norme giuridiche, del loro ordine gerarchico. Per ragioni esattamente opposte, il concetto di proprietà è il principio logico-giuridico comprensivo dei rapporti tra i poteri, facenti capo alle singole figure di appartenenza; ne registra gerarchia e contenuto, perché non ne costituisce la fonte di individuazione e di attribuzione.

⁹⁵ Prospettata in questi termini, la formula – al di là di ogni riferimento a sistemi giuridici positivi – esprime la forma razionale pura non derivata dall'esperienza, ma che la presuppone, per darsi un limite estremo alla ricerca del proprio fondamento: in ciò sta il parallelismo con la "*sintesi a priori*" in E. KANT (*Prolegomeni ad ogni metafisica futura*, § 1, in *Gesammelte Schriften*, Berlino, 1910, IV, p. 266).

⁹⁶ PUGLIATTI S. (*La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 677) usa una perifrasi illuminante: ... la "*proprietà piena ed assoluta, che comprende il massimo delle utilizzabilità possibili della cosa nell'interesse esclusivo del proprietario,...*". LA TORRE A. (*I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale. Dalla proprietà quiritaria alla funzione sociale in Giust. civ.*, 2007, II, p. 479 ss.) descrive la visione pragmatica della proprietà in Cina (p. 482): "*Ma noi non abbiamo il concetto di proprietà: per noi le cose sono suscettibili di <uso> e non di <dominio>, lasciando intendere che il dominio stava a monte.*"

Nei seguenti termini riassumevamo la nostra posizione nella Comunicazione "*Proprietà e libertà: un binomio ancora attuale?*", in *Atti del XVII Congresso Nazionale Giuridico Forense Messina-Taormina*, 16-21 settembre 1983, IPSOA, Milano, p. 163 ss., spec. p. 167-168, ribadita in *Spunti per una riflessione*, cit.: "*Troppo spesso, infatti, il richiamo obbligato ad una <funzione sociale> della proprietà dovrebbe bastare a chiarire ogni dubbio e superare ogni critica. Ma proprio l'incertezza del referente costituzionale aggrava il problema, visto che - ad oltre trent'anni (ora sessanta, n.d.r.) dall'entrata in vigore della Costituzione - vari e contrastanti sono gli orientamenti circa il significato effettivo della clausola generale della <funzione sociale>. Riferirsi ad essa, senza averne prima precisato il contenuto, equivarrebbe ad illuminare *obscurum per obscurius*.*

Sembra possibile ritenere che, se la <funzione sociale> mira a garantire il massimo del benessere economico e collettivo, quale risultato dell'attività dei soggetti, essa appare un obiettivo finale e non un dato acquisito ed immutabile. ...

La connessione della funzione sociale con l'attività del soggetto coinvolge quest'ultimo, in quanto la stessa utilizzazione dei beni da parte sua implica che la correlazione soggetto-oggetto si renda strettissima, nel momento in cui la funzione sociale diviene ragione e limite del potere conferito ad esso soggetto e criterio di valutazione del suo esercizio.



figure di appartenenza, che rappresentano il metro sostanziale delle singole forme di titolarità.

Letta in questo contesto, la dialettica tra i diritti reali e la proprietà si sviluppa lungo l'alveo del confronto politico-sociale, dove il rapporto di forza tra gli aspiranti al controllo dei beni è concretamente collocato nella sua dimensione storica e dà sostanza alla formula della "funzione sociale": essa rappresenta un capitolo fondamentale della più generale "lotta per il diritto", che ha costituito il punto di vista metodologico di una costruzione, in senso lato, "antagonista" e dialettica, certamente espressiva dei fermenti sociali e dei movimenti politici cresciuti nel tempo in cui l'A. elaborava il suo pensiero.⁹⁷

Indicativa di un notevole salto di qualità è la progressione dal piano esegetico a quello valoriale, in una prospettiva aperta al futuro, in cui la funzione sociale assume il ruolo altissimo di "principio sistematico organizzatore",⁹⁸ per liberarla da uno schema rigido e per consentirne l'uso più appropriato, anche in sede di applicazione analogica di norme eccezionali.

L'idea stessa della transizione "dalla proprietà alle proprietà" svelava punti di contatto e di discontinuità di un modello dominicale ormai indebolito. L'intuizione pugliattiana circa il ruolo sistematico della funzione sociale era espressiva di un bisogno di ordine, dopo il succedersi di regole sparse e talvolta emergenziali, che avevano evidenziato i percorsi divaricanti delle singole forme di proprietà. La scelta, risalente nel tempo e già collaudata⁹⁹, non era occasionale, ma di metodo; essa implicava effetti cospicui sul piano sostanziale: geniale e avanzata per i tempi in cui veniva proposta, essa deve ora essere aggiornata, perché l'operazione era svolta sul piano tecnico e rivolta al passato, alle regole allora esistenti.

Il rigoroso aggancio al dato positivo, in coerenza con le scelte compiute in tempi passati e poi vigorosamente difese,¹⁰⁰ consentiva di mettere la soluzione al riparo dal rischio di

La connessione, però, non si determina al livello astratto della previsione di fattispecie generiche, ma nel concreto spiegamento dell'attività individuale del soggetto storico, particolare e diverso. Tutto ciò si verifica ancor più, se si riflette circa la pluridimensionalità sociale dei beni, qualificabili ipoteticamente come tali in diversi contesti e con diversi criteri, variamente valutabili dai molteplici gruppi e variamente idonei a soddisfare gli interessi qualitativamente diversi di soggetti qualitativamente diversificantisi. Sorge così il dubbio che gli statuti dei soggetti e dei beni si articolino in maniera coordinata ed abbiano comuni momenti di raccordo in specifiche normative di settore, orientate verso la realizzazione di obiettivi, che ne costituiscono la comune matrice."

⁹⁷ von JHERING R., *La lotta per il diritto*, trad. it. di R. Mariano (a cura di P. Piovani, sulla base della 17^a ed. tedesca) Bari, 1960, che premetteva (p. 60) questa riflessione al secondo capitolo dell'opera: "La lotta per il diritto concreto si produce dappertutto nella vita. E la lotta per il diritto privato non nasce per solo spirito litigioso. Essa è ispirata dal sentimento della personalità e del Diritto."

⁹⁸ PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto* (ristampa), Giuffrè, Milano, 1964, p. 278.

⁹⁹ Le tesi erano state proposte in *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 677.

¹⁰⁰ PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 104: ... "Codesta seconda tendenza – la sola che merita di essere presa in considerazione – consentì ai cultori della scienza giuridica di opporre una barriera formale ai reiterati e sempre più insistenti tentativi di sopraffazione da parte dei neofiti entusiasti dell'altra maniera (n. d. r.) "l'irrazionale e incontrollata apologetica, vacua e monotona, che traduceva in termini diversi la retorica dei dirigenti politici" ...; e poi, (p. 105): "Chi scrive



apparire rispondente ad una moda più o meno effimera, ma la proponeva fondandola su basi solide.

L'apertura metodologica qui prospettata sconta consapevolmente l'alea della dimensione politico-ideologica del dibattito per la definizione del contenuto della funzione sociale, ma nell'accettazione del rischio sta l'impegno ad elevare il livello del rigore dell'analisi e della ricerca delle costanti tendenziali del sistema, storicizzando le soluzioni e sottoponendole a costante collaudo. Solo a queste condizioni l'apertura al futuro è possibile e la formula della funzione sociale si pone al sicuro dal rischio di obsolescenza normativa.

Il ribaltamento della prospettiva si verifica acquisendo la consapevolezza del valore e della capacità propulsiva della funzione sociale, come metodo di elaborazione di regole che vengono "dal basso", dalla base sociale, composta di singoli soggetti e gruppi, che si esprime democraticamente attraverso gli organi legislativi, alla fine del confronto sociale, cogliendo il momento di equilibrio dinamico del sistema e la traduzione normativa di una "funzione sociale", come percepita e rappresentata.¹⁰¹

Questo altro non è, se non la "costituzione in senso materiale", come intesa da Mortati,¹⁰² e diventa il riferimento per cogliere il senso di marcia dei fatti normativi e dell'inveramento dei principi costituzionali.

Ciò aiuta a comprendere non solo le regole di gestione del rapporto con i beni, ma anche a registrare l'apparizione ed il consolidamento di poteri eterogenei e/o alternativi a quelli del proprietario, tanto autonomi ed antagonisti, da condurre alla sostituzione nel suo ruolo. Essi nascono "dal basso" come espressione di interessi propri dei "terzi" che sono, a diverso titolo, in rapporto col bene.¹⁰³

queste pagine a distanza di anni, svolse quasi quotidianamente questa opera da formica, mentre altri, anche in buona fede, non tralasciavano di spezzare una lancia contro i mulini a vento della giurisprudenza sistematica, o si facevano, senza intuire il pericolo, paladini di tendenze più libere da vincoli, che apparivano idonee a servire da vessillo per tutte le pretese rivoluzionarie."

¹⁰¹ E' interessante constatare la convergenza di questa ricostruzione con quella – riferita al fenomeno generale della legislazione – fatta da L. INFANTINO, voce *Liberalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, vol. 7, p. 6380-85, ora in *Individualismo*, cit., p. 317: "Ciò significa che qualunque statuzione relativa a un particolare diritto non è fondativa di quel diritto, ma è solamente un *posterius* rispetto ad una situazione di <sovranità della legge>"; non senza aver evidenziato la distorsione del sistema legislativo nei casi in cui talune leggi servano a "pagare il consenso" (p. 315) o consumano ipotesi di scambio di privilegi tra gruppi, all'ombra di impostazioni keynesiane sull'opportunità di prescindere dai vincoli di bilancio, elaborate in tempi in cui ciò era apparso utile al rilancio del sistema economico.

¹⁰² Vedi *La costituzione in generale*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 139 ss, ora in *Una e indivisibile*, Milano, 2007, p. 129 ss.

¹⁰³ Si pensi, ad es., alla tutela autonoma dell'avviamento commerciale del conduttore di immobili ad uso commerciale (art. 34 l. 27 luglio 1978 n. 392), al diritto all'indennità *iure proprio* del conduttore di fondi espropriati (art. 17 l. n. 865/1971); al diritto dell'inquilino di prendere parte all'assemblea condominiale per alcuni argomenti (art. 6 l. 22 dicembre 1973 n. 841; art. 10 l. 27 luglio 1978 n. 392), all'intera gamma di ipotesi di prelazione reale, in cui l'acquisto della proprietà avviene a prescindere ed anche contro la volontà del proprietario (alienante e/o acquirente). Ma una rilettura in termini di confronto tra il potere del proprietario e



Le fonti di legittimazione del potere proprietario sono plurime e tra loro concorrenti; e l'assetto finale e concreto è la risultante di questa dialettica sociale, nella quale nulla è dato per sempre, nulla sarà come prima.

La costruzione della proprietà deve, quindi, elevarsi al di sopra dell'aporia del potere, che pretende di essere trascendente, ma che – per esercitarsi - deve diventare immanente, misurarsi con la realtà empirica, dominandola e regolandola.

Ecco perché la proprietà resta sullo sfondo, come un diritto presupposto, come una formula che realizza la “*sintesi a priori*” tra la generalità ed astrattezza dei poteri, proprie della norma che li conferisce, e la particolarità dell'atto di fruizione: se così non fosse, saremmo condannati alla lettura atomistica di ogni atto fruitivo, perdendo di vista il momento sistematico.¹⁰⁴

La questione è di carattere generale ed investe certamente tutti i profili del rapporto con i beni; ma c'è da chiedersi se questa riscrittura del modello proprietario non abbia conseguenze anche sulla ricostruzione attuale dei diritti della personalità. Se è vero che questi ultimi si sono forgiati su quello, l'alternativa metodologica è la seguente:

- 1) ritenere che il modello dei diritti della personalità si è emancipato da quello della proprietà e non ne ha risentito l'evoluzione, mantenendo la propria impronta originaria individualista;
- 2) ritenere che la rilettura in chiave funzionale abbia effetti anche sul riconoscimento e tutela di diritti della personalità, che trovano la propria fonte di legittimazione *ab estrinseco*, nella loro proiezione sociale e non nella individualità del titolare, *in sé e per sé* considerata.

del titolare dei diritti reali limitati non può trascurare la valenza sintomatica della figura del c. d. abbandono liberatorio da parte del proprietario del fondo servente (art. 1070 c. c.): qui la sconfitta economica del proprietario si traduce in un modo di acquisto della proprietà, inverso e antagonista rispetto alla logica dell'espansione e dell'elasticità del dominio, in cui la forza del fatto (godimento della servitù) prevale sulla regola formale della fonte di attribuzione della titolarità del diritto dominicale. Su questo modo di estinzione e sui suoi rapporti con la figura dell'*obligatio propter rem*, v. CASSANO G., *Il regolamento condominiale non può creare diritti reali atipici. Obbligazioni propter rem e oneri reali, difficile distinguo*, in D&G, 2003, p. 44 ss. Una sintesi efficace con l'individuazione di ipotesi discutibili o estranee al concetto di abbandono liberatorio è in DEIANA G., voce *Derelictio*, in *Enc. dir.(dir. civ.)*, I, Milano, 1958, p. 12; BRANCA G., voce *Derelictio (dir. rom. e interm.)*, *ivi*, p. 1 ss..

¹⁰⁴ Nasce da questo primato logico in senso kantiano la capacità dimostrata nel tempo dalla proprietà di rendersi matrice e fondamento categoriale dei diritti reali. Analogamente, la *Grundnorm* si colloca al vertice della piramide kelseniana: essa è il presupposto legittimante, è – quindi - condizione trascendentale della produzione normativa giuridica.

La proprietà, concetto sempre più vuoto e sempre più vicino a quello totalmente astratto di titolarità, trova nuova linfa e si candida a diventare condizione trascendentale di tutela dei nuovi interessi di carattere patrimoniale, che richiedono nuove strutture formali e, perciò, smentiscono l'idea anacronistica del diritto di proprietà come insieme globale di facoltà predefinite.



Dalla risposta a questa domanda discende l'impostazione e la soluzione del problema circa l'esistenza di un interesse legittimo di diritto privato anche con riferimento ad alcuni profili del diritto della personalità, di cui si parlerà nelle pagine successive con particolare riguardo alla tutela della *privacy*, nella ricerca del difficile equilibrio tra diritto di cronaca e diritto all'oblio.