

LA LEGGE DELLA REGIONE SARDEGNA N. 5/2006, IN ORDINE AI LIMITI DI SUPERFICIE DI VENDITA PER LE ATTIVITÀ COMMERCIALI DA AVVIARE IN ZONA URBANISTICA 'B'. *Riflessioni sull'interpretazione del testo normativo, a partire da certa 'attuazione'*

Law of the region of sardinia no. 5/2006, regarding the sales area limits for commercial activities to be started in urban zone 'b'. reflections on the interpretation of the legal text, starting from certain 'implementation'

PAOLO COTZA *

Abstract (Italiano). Lo studio muove dall'iniziativa del proprietario di un'area che, all'atto dell'acquisizione, risultava classificata in zona "B" (completamento residenziale), sottozona "B2.1" (completamento da riqualificare). Su tali presupposti, il proprietario presenta ai competenti Uffici amministrativi del Comune sardo, nella cui circoscrizione territoriale s'inserisce tale area, un "Progetto di fabbricato a destinazione commerciale da adibire a Media Superficie di Vendita (MSV) di tipo Mista" (alimentare e non). Se non che, nelle more del procedimento di valutazione urbanistica dell'accennata intrapresa economica, il Consiglio Comunale adotta il nuovo Piano Urbanistico. Ciò rende cruciale la circostanza per cui, ai sensi delle Norme Tecniche di Attuazione del PUC così adottato, entro le zone "B", la disciplina viene modificata nel senso che, «*in attuazione della L.R. 5/2006, sono ammesse esclusivamente le attività commerciali [con] superficie di vendita inferiore a 300 mq.*». Infatti, in relazione alla menzionata area, si viene così a determinare una significativa compressione delle potenzialità edificatorie: considerato che, in forza dell'art. 4, L.R. n. 5/2006 cit., come compiutamente esposto di seguito, le Medie Strutture di Vendita possono raggiungere una superficie fino a 1.200 mq nei Comuni con popolazione residente ricompresa nella fascia di previsione cui appartiene quello in discorso. Così cagionando un rilevante pregiudizio economico alla specifica situazione proprietaria dell'interessato. A questa stregua, il presente scritto si propone di verificare se la soluzione urbanistica, di tal fatta intervenuta, abbia finito per integrare profili d'illegittimità-irragionevolezza che coinvolgono il progetto del Piano adottato, non solo con riguardo alla specifica area interessata, ma nella sua complessità o, quantomeno, in parti rilevanti per l'assetto di pianificazione generale: dal momento che, indiscriminatamente, in corrispondenza delle zone "A", "B", "C", (a seguito di emendamento approvato dal Consiglio Comunale) sono ammesse esclusivamente le attività commerciali con superficie di vendita inferiore a 300 mq.

Abstract (Inglese). *The study stems from the initiative of the owner of an area which, at the time of acquisition, was classified as zone "B" (residential completion), subzone "B2.1" (completion to be redeveloped). On this basis, the owner submits to the competent administrative offices of the Sardinian municipality, within whose territorial jurisdiction this area falls, a "Building project intended for commercial use for a Medium Retail Surface (MSV) of mixed type" (food and non-food). Except that, in the meantime, during the urban planning evaluation process of the aforementioned economic enterprise, the City Council adopts the new Urban Plan. This makes the circumstance crucial, because, according to the Technical Implementation Standards of the adopted PUC, within the "B" zones, the regulations are modified in the sense that, "in implementation of Regional Law 5/2006, only commercial activities with a sales area of less than 300 sq.m. are allowed." In fact, in relation to the aforementioned area, this results in a significant limitation of building potential: considering that, pursuant to Article 4 of Regional Law no. 5/2006 cited above, as fully explained below, Medium-Sized Retail Establishments can have a surface area of up to 1,200 square meters in municipalities with a resident population falling within the forecast range to which the municipality in question belongs. This thus causes a significant economic disadvantage to the specific property situation of the interested party. In this regard, the present document aims to verify whether the urban planning solution, thus implemented, has ended up incorporating elements of illegitimacy or unreasonableness affecting the adopted Plan project, not only with respect to the specific area concerned, but in its entirety or, at least, in parts relevant to the overall planning*

framework: since, indiscriminately, in zones “A,” “B,” and “C” (following an amendment approved by the City Council), only commercial activities with a sales area of less than 300 sqm are permitted.

Parole-chiave Pianificazione urbanistica (scelte di) - Adozione - Osservazioni degli interessati - Zona di completamento residenziale - Media struttura di vendita - Tessuto urbano - Riqualficazione - Aree dismesse - Diversificazione dell’offerta commerciale - Dimensionamento strutture distributive - Coordinamento

Keywords *Urban planning (choices of) - Adoption - Observations of interested parties - Residential completion area - Medium-sized retail facility - Urban fabric - Redevelopment - Abandoned areas - Diversification of commercial offer - Distribution structure sizing - Coordination*

SOMMARIO: 1. Premessa in punto di fatto e di diritto. - 2. ‘Approccio’ al problema, su base giurisprudenziale. - 3. Sviluppi della trattazione. - 4. Implicazioni in punto di rapporti fra disciplina relativa all’insediamento degli esercizi commerciali e pianificazione urbanistica. - 5. Considerazioni conclusive sull’‘approccio’ da riservare al problema.

1. Premessa in punto di fatto e di diritto

- Lo scritto prende spunto dall’iniziativa del proprietario di un’area che, all’atto dell’acquisizione, risultava classificata in zona “B” (completamento residenziale), sottozona “B2.1” (completamento da riqualficare).

Su tali presupposti, il proprietario presenta ai competenti Uffici amministrativi del Comune sardo, nella cui circoscrizione territoriale s’inserisce tale area, un “Progetto di fabbricato a destinazione commerciale da adibire a Media Superficie di Vendita (MSV) di tipo Mista” (alimentare e non).

Si osservi che, all’epoca in cui tale iniziativa imprenditoriale viene promossa, investendone l’Ente Locale in ordine ai profili di competenza urbanistica, ai sensi delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano Urbanistico Comunale, relativamente alle zone “B”, era previsto che, *«in attuazione della L.R. 5/2006, sono ammesse esclusivamente le attività commerciali proprie degli esercizi di vicinato e superficie di vendita inferiore a 150 mq. Le Medie Superfici di Vendita non sono ammesse esclusivamente nella sottozona B1»*.

- Se non che, nelle more del procedimento di valutazione urbanistica dell’accennata intrapresa economica, il Consiglio Comunale adotta il nuovo Piano Urbanistico, in adeguamento al PAI e al PPR, ai sensi dell’art. 20, comma 6, L.R. n. 45/1989; con la conseguenza che, dalla data di pubblicazione di tale deliberazione, si applicano le misure di salvaguardia di cui all’art. 12, comma 3, d.p.r. n. 380/2001. Ciò rende cruciale la circostanza per cui, ai sensi delle Norme Tecniche di Attuazione del PUC così adottato, entro le zone “B”, la disciplina viene modificata nel senso che, *«in attuazione della L.R. 5/2006, sono ammesse esclusivamente le attività commerciali [con] superficie di vendita inferiore a 300 mq.»*.

- Per l’effetto, in relazione alla menzionata area, si viene a determinare una significativa compressione delle potenzialità edificatorie: considerato che, in forza dell’art. 4, L.R. n. 5/2006 cit., come compiutamente esposto di seguito, le Medie Strutture di Vendita possono raggiungere una superficie fino a 1.200 mq nei Comuni con popolazione residente ricompresa nella fascia di previsione cui appartiene quello in discorso. Così cagionando un rilevante pregiudizio economico alla specifica situazione proprietaria dell’interessato.

Ciò induce l’interessato stesso ad interrogarsi se la soluzione urbanistica, di tal fatta intervenuta, abbia finito per integrare profili d’illegittimità-irragionevolezza che coinvolgono il progetto del Piano adottato, non solo con riguardo alla specifica area interessata, ma nella sua complessità o,

quantomeno, in parti rilevanti per l'assetto di pianificazione generale: dal momento che, *indiscriminatamente, in corrispondenza delle zone "A", "B", "C",* (a seguito di emendamento approvato dal Consiglio Comunale) *sono ammesse esclusivamente le attività commerciali con superficie di vendita inferiore a 300 mq.*

La questione si rivela di duplice rilievo: innanzitutto, sul piano della legittimazione ad assumere iniziative di reazione nelle pertinenti sedi del contraddittorio procedimentale.

Riservando al paragrafo seguente un approfondimento di quest'ultima trattazione; in punto di merito, l'assetto normativo nel quale (pure) può estrinsecarsi l'autonomia comunale, non può misconoscere, fra i diversi fattori di valutazione, il rapporto fra le differenti densità di popolazione che connotano ciascuna zona urbanistica e l'idoneità delle strutture di vendita (a partire dal dimensionamento per superfici) a soddisfare adeguatamente (anche in termini di accessibilità e di preesistenza d'insediamenti commerciali ulteriori) la correlata domanda locale di mercato (s'intende, senza determinare stravolgimenti del 'carico urbanistico' ed in funzione di obiettivi di riqualificazione del relativo tessuto). È, infatti, evidente che, in quest'ottica, qualsivoglia strategia dell'Ente locale all'insegna dell'omologazione (a fronte di previsioni regionali che, contemplando limiti massimi di dimensionamento delle strutture, 'aprono' ad una certa duttilità di concreto assetto), *ex se* finisce con l'integrare uno sconfinamento, delle scelte (pur di spettanza) dell'amministrazione comunale, nell'illegittimità-irragionevolezza.

2. 'Approccio' al problema, su base giurisprudenziale

In disparte il rilievo di eccesso di potere appuntabile alla divergenza di determinazioni di pianificazione urbanistica così susseguitesi, che pure si dichiarano parimenti attuative della medesima Legislazione regionale, ma che comportano *immotivatamente* differenti limiti, da rispettare quanto alle superfici di vendita, onde conseguire l' 'ammissione' di attività commerciali; valutando l'ipotesi di una contestazione della più recente soluzione urbanistica, valga innanzitutto di muovere dal pacifico orientamento di giurisprudenza secondo cui:

per effetto della adozione di un nuovo strumento di pianificazione generale, che provveda ad una modifica integrale nella definizione urbanistica del territorio comunale, *«non è in discussione la destinazione di una singola area, ma il complessivo disegno di governo del territorio da parte dell'ente locale, di modo che la motivazione non può riguardare ogni singola previsione (o zonizzazione), ma deve avere riguardo, secondo criteri di sufficienza e congruità, al complesso delle scelte effettuate dall'ente con il nuovo strumento urbanistico»*¹;

d'altro canto, *«le 'osservazioni' dei soggetti interessati dalle scelte pianificatorie, presentate nel corso del procedimento di approvazione di uno strumento urbanistico, non costituiscono un rimedio giuridico, ma sono un apporto collaborativo dei privati nel procedimento di formazione dello strumento, da cui consegue l'assenza in capo all'Amministrazione di un obbligo puntuale di motivazione, oltre a quella evincibile dai criteri desunti dalla relazione illustrativa del Piano stesso in ordine alle scelte discrezionali assunte per la destinazione delle singole aree. Ne deriva che, sebbene l'Amministrazione sia tenuta ad esaminare le 'osservazioni' pervenute, non può essere obbligata ad una analitica confutazione di ciascuna di esse»*²; pertanto, la reiezione delle 'osservazioni' stesse può

¹ * Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso l'Università di Cagliari
Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 maggio 2016, n. 2221; *Idem*, 8 giugno 2011 n. 3497.

² T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 1° giugno 2023, n. 1778.

essere motivata *ob relationem* con controdeduzioni del Comune, ancorché sintetiche, idonee a dimostrare che si è tenuto presente l'apporto collaborativo e critico dei privati.

Salvo l'orientamento più garantista verso i soggetti partecipanti al procedimento, secondo cui «il rigetto delle 'osservazioni' [...] deve essere assistito da una motivazione che sia congrua rispetto agli elementi di fatto e di diritto posti alla base delle 'osservazioni' stesse e che abbia tenuto presente (e ciò deve essere dimostrato) il loro apporto critico e collaborativo in comparazione con gli interessi pubblici coinvolti così che, nell'interesse reale della popolazione, sia assicurata l'adozione di soluzioni urbanistiche, oltre che legittime, anche opportune e razionali»³.

In definitiva, le 'osservazioni', *«come tutti gli apporti esterni coinvolti nella pianificazione urbanistica, sono in essa inseriti e con essa vanno temperati. Nell'ambito di un procedimento urbanistico, pertanto, le osservazioni costituiscono lo strumento per perseguire - compatibilmente con l'articolato delle scelte urbanistiche da effettuare - l'interesse pubblico con un minore sacrificio di quello privato»*⁴.

Fermo restando che, *a fortiori*, quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale può incontrare condivisione nella misura in cui, nel novero delle deduzioni dei privati al piano, vengano promosse 'opposizioni', in quanto: spettanti solo ai proprietari degli immobili compresi nel piano stesso; aventi carattere di veri e propri rimedi giuridici; tali da obbligare l'autorità competente ad esaminarle ed a decidere sulle stesse⁵.

A questa stregua, riprendendo quanto constatato a conclusione del paragrafo di premessa, assume rilievo che le obiezioni alla descritta soluzione urbanistica recepita in sede di 'adozione': pur muovendo da un interesse (economico) strettamente legato alla condizione proprietaria dell'interessato; finiscono coll'appuntarsi sul recepimento, da parte dell'adottato Piano in esame, di discipline edificatorie che, non limitandosi ad una singola area, bensì investenti indiscriminatamente una pluralità di 'zone', si rivelano tali da tradire una grave irragionevolezza nelle scelte discrezionali assunte sia con riferimento alla 'zona' nella quale s'inserisce la proprietà dell'interessato, sia (per le più ampie ripercussioni) con riguardo all'assetto urbanistico complessivo.

3. Sviluppi della trattazione

- Valga di muovere da quanto anticipato in parte narrativa. Segnatamente, laddove si è ricordato che, ai sensi delle Norme Tecniche di Attuazione del P.U.C. in discorso, nella versione ancora vigente, dal tenore distinto rispetto a quella del Piano urbanistico ultimamente adottato, in relazione alle zone "B" di completamento residenziale, risulta previsto che, «in attuazione della L.R. 5/2006, sono ammesse esclusivamente le attività commerciali proprie degli esercizi di vicinato e superficie di vendita inferiore a 150 mq. Le Medie Superfici di Vendita non sono ammesse esclusivamente nella sottozona B1».

- Per comprendere appieno tali disposizioni, si rende necessario di attingere a molteplici dati normativi di diverso grado, di seguito riportati per stralcio.

³ Cons. Giust. amm. Reg. Sicilia, sez. giurisdiz., 30 giugno 2011, n. 451. Cfr. pure Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3559.

⁴ T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 febbraio 2024, n. 363.

⁵ Sul punto, può rinviarsi a: N. CENTOFANTI, *Formazione dello strumento urbanistico. Osservazioni e opposizioni*, in dirittoamministrativoconcentofanti.blogspot.com/2017/02; G. MAZZELLA, *Le osservazioni e le opposizioni rappresentano i principali strumenti nelle mani dei privati per tutelare e far valere i propri interessi nel procedimento di pianificazione urbanistica*, in *IUS in Itinere*, 24 gennaio 2019.

- La L.R. Sardegna n. 5/2006 si prefigge, fra l'altro, di perseguire gli obiettivi: della "valorizzazione e ... salvaguardia del servizio commerciale nelle aree urbane" (art. 1, comma 3, lett. 'd'); di "favorire la crescita di attività commerciali, in particolare di piccole e medie dimensioni, che integrino e valorizzino la qualità delle città, dei piccoli comuni e la loro rivitalizzazione, la riqualificazione e il riuso di aree urbane, la loro attrattività, vivibilità e sicurezza, nonché evitare lo spopolamento dei piccoli comuni e mantenere un'offerta adeguata" (art. 1, comma 3, lett. 'f').

- Sempre ai sensi della L.R. n. 5/2006 cit., in forza dell'art. 4, per quel che maggiormente rileva in ordine alla vicenda in esame, "1. *Gli esercizi commerciali si distinguono in esercizi di vicinato, medie e grandi strutture di vendita.*

2. *Gli esercizi di vicinato hanno superficie di vendita non superiore a 150 mq nei comuni con popolazione residente sino a 10.000 abitanti e a 250 mq nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti*".

Il medesimo articolo dispone altresì che "3. *Le medie strutture di vendita hanno superficie superiore ai limiti di cui al comma 2 e fino a:*

- a) 800 mq nei comuni con popolazione residente sino a 5.000 abitanti;
- b) *1.200 mq nei comuni con popolazione residente superiore a 5.000 abitanti e sino a 10.000 abitanti*".

Incidentalmente, si fa osservare che *il Comune in discorso ha una popolazione di poco superiore ai 7.000 abitanti (secondo i più recenti rilevamenti).*

- A questa stregua, *le Norme Tecniche di Attuazione del P.U.C. in discorso vanno intese nel senso che, nelle zone 'B2', quale quella ove insiste la proprietà dell'interessato, le medie strutture di vendita sono ammesse purché entro una superficie compresa fra gli oltre mq. 150 e i mq. 1.200.*

- Confidando su questo assetto disciplinare:

- stante l'ulteriore disciplina contenuta nella L.R. n. 5/2006 cit., per cui "3. Fino all'adozione degli atti comunali, nonché in caso di adozione contrastante con i criteri regionali, hanno applicazione integrale ed immediata i criteri stabiliti con le deliberazioni della Giunta regionale, comprese quelle di cui all'articolo 19. Gli uffici comunali provvedono alla valutazione delle domande sulla base della corrispondenza dell'istanza ai criteri regionali" (art. 8);

- come anticipato, in data anteriore all'adozione del nuovo P.U.C., l'interessato, a mezzo del tecnico incaricato, presentava al Comune in discorso un "Progetto di fabbricato a destinazione commerciale da adibire a Media Superficie di Vendita (MSV) di tipo Mista";

- tale progetto prevedeva l'interessamento di una superficie edificata complessiva pari a mq. 600,00.

• La proposta progettuale testé menzionata, anche con riguardo ai profili di sfruttamento edilizio per via superficiaria, era del tutto conforme alla vigente disciplina integrativa, rappresentata (in particolare) dalla delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108 e dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 ('Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59'): la prima intervenuta onde proporre indirizzi e criteri di programmazione commerciale ed urbanistica in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 ottobre 2000 ("Adozione degli atti di cui agli articoli 4, 5, comma 1, 11, 12, 13 e 14, d.p.c.m. 6 ottobre 2000 - Intervento sostitutivo nei confronti della Regione Sardegna per il mancato esercizio delle funzioni amministrative conferite dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, art. 31, comma 1").

- Segnatamente, ai sensi dell'art. 6, comma 3, lett. 'c', d.lgs. n. 114/2018 cit., con riguardo alla 'Programmazione della rete distributiva' ed ai correlati indirizzi generali da definirsi a cura delle Regioni, si prevede che: quest'ultime debbano tener conto delle *caratteristiche dei centri storici*, "*al fine di salvaguardare e qualificare la presenza delle attività commerciali ... in grado di svolgere un servizio di vicinato ...*"; *in ordine alle Medie Strutture di Vendita, i Comuni, sulla base delle disposizioni regionali e degli obiettivi indicati all'art. 6 cit., debbano adottare i criteri per il rilascio delle autorizzazioni di apertura perseguendo precisi obiettivi, fra i quali:*

"a) favorire la realizzazione di una rete distributiva che, in collegamento con le altre funzioni di servizio, assicuri la migliore produttività del sistema e la qualità dei servizi da rendere al consumatore;

... c) rendere compatibile l'impatto territoriale e ambientale degli insediamenti commerciali con particolare riguardo a fattori quali la mobilità, il traffico e l'inquinamento e *valorizzare la funzione commerciale al fine della riqualificazione del tessuto urbano, in particolare per quanto riguarda i quartieri urbani degradati al fine di ricostituire un ambiente idoneo allo sviluppo del commercio*".

- A sua volta, la delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108, nel contemplare la 'c3) Definizione dei criteri per l'individuazione delle aree da destinare agli insediamenti commerciali', stabilisce che "È definita una griglia di "compatibilità" tra le caratteristiche delle strutture commerciali (qualificate in base a settore merceologico [alimentare, non alimentare], tipologia [esercizio singolo o centro commerciale], superficie di vendita) e le caratteristiche insediative del territorio (qualificato in base alla zonizzazione stabilita dallo Strumento Urbanistico Generale comunale ed alla dimensione demografica dei Comuni).

Tale griglia di compatibilità costituisce uno degli elementi portanti dei criteri regionali".

- La medesima delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108 aggiunge che "*Qualora il P.U.C. non sia stato adeguato alle presenti norme, in caso di contrasto prevalgono le norme del presente provvedimento*".

- Per quel che maggiormente rileva in ordine alla vicenda dalla quale ha preso spunto il presente scritto, la medesima delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108 così puntualizza:

"2 Definizioni.

Per le definizioni di Esercizi di Vicinato (EV), Medie Strutture di Vendita (MSV), Grandi Strutture di Vendita (GSV), Centri Commerciali (CC) si rinvia all'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 114/1998.

Ad integrazione di dette definizioni si introduce una distinzione riferita alle MSV ed alle GSV che qualifica quelle di tipo alimentare e quelle di tipo non alimentare:

Sono convenzionalmente definite "Alimentari" le strutture di vendita esclusivamente alimentari e quelle miste in cui vi sia una prevalenza di superficie di vendita alimentare.

Tutte le altre sono convenzionalmente definite "Non alimentari". Una MSV o GSV non alimentare può essere esclusivamente non alimentare o mista con prevalenza di superficie non alimentare.

In una MSV o GSV prevalentemente non alimentare, la SV [superficie di vendita] alimentare non può essere superiore al 20% della globale SV e comunque non può essere maggiore di 500 mq ovvero 300 mq nei comuni con meno di 10.000 residenti".

Dunque, in un Comune quale quello in discorso, per via del suo dimensionamento demografico, quando si tratti di Media Struttura di Vendita di tipo Alimentare (sia pur mista), non vale il limite di mq. 300 di superficie.

Per il resto, la medesima delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108 non è: né pertinente, in quanto assume a riferimento "esercizi maggiori" cioè, con superficie superiore a mq. 1.500; né attuale, in quanto fondata su dati statistici risalenti al 1998.

- Sempre per quel che maggiormente rileva in ordine alla vicenda che ha dato occasione al presente scritto, la medesima delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108 puntualizza altresì (par. 5.3.) di *recepire i criteri fissati dal D.P.C.M. 6 ottobre 2000 cit., quanto alla regolamentazione della correlazione dei procedimenti di rilascio delle autorizzazioni commerciali ed edilizia (laddove si prevedano interventi edilizi) per le MSV e GSV.*

A tal proposito, valga di ricordare che il d.p.c.m. 6 ottobre 2000 cit. ha previsto, fra l'altro, che, quanto agli *'Indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali', i Comuni debbono:*

"i) favorire l'insediamento di attività commerciali, in particolare di piccole e medie dimensioni, che valorizzino la qualità dei centri urbani e del territorio, la riqualificazione di aree urbane, la vivibilità e la sicurezza;

l) coordinare l'attività edilizia volta alla valorizzazione dei suoli e al recupero delle aree dismesse con le esigenze di 'equilibrato dimensionamento' delle forme distributive".

- Sempre per quel che maggiormente rileva in ordine alla vicenda in discorso, la medesima Delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108 prevede (par. 5.3.1.1.) che:

"Nelle Zone B è consentito l'apertura, il trasferimento e l'ampliamento (compresi i casi di "autorizzazioni dovute" di cui al punto 4) esclusivamente di EV e di MSV alimentari e non alimentari (come definite al punto 2), nella forma di esercizi singoli o centri commerciali.

Il modello di rete sotteso a tali criteri esclude la presenza di:

GSV Alimentari, poiché la natura di zone residenziali sature delle Zone B non configura l'esistenza di condizioni ottimali (sotto il profilo topologico e viabilistico) per la realizzazione di tali grandi attrattori di traffico; 'la diversificazione dell'offerta commerciale nel settore alimentare (presenza della grande distribuzione) in tali zone è conseguibile mediante supermercati di idonea potenzialità'; GSV Non Alimentari, poiché ... obiettivo centrale in tale comparto è traguardare obiettivi di razionalizzazione territoriale e di riorganizzazione funzionale dell'offerta commerciale non alimentare, mediante suo insediamento in specifiche aree attrezzate (Distretti Commerciali e zone D e G).

Tutti i criteri riferiti alle zone B hanno carattere vincolante".

- Infine, la medesima delib. G.R. 29 dicembre 2000, n. 55/108 dispone (par. 5.3.1.2.) che: "I Comuni, ai sensi del V comma dell'articolo 6, del d.lgs. n.114 del 1998, sono tenuti entro 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto relativo alla presente deliberazione ad adeguare i propri strumenti urbanistici generali ed attuativi ed ad adeguare i regolamenti ai criteri di programmazione urbanistico commerciale di cui al presente provvedimento".

• Da quanto esposto circa i dati normativi di riferimento, ferma restando l'autonomia attuativa dei Comuni, emergono alcune direttrici cui questi ultimi devono attenersi.

- Innanzitutto, ci si riferisce alla duplice esigenza: di *"valorizzazione e ... salvaguardia del servizio commerciale nelle aree urbane"*; nonché, di *"favorire la crescita di attività commerciali, in particolare di piccole e medie dimensioni, che integrino e valorizzino la qualità delle città, dei piccoli comuni e la loro rivitalizzazione, la riqualificazione e il riuso di aree urbane.*

- In quest'ottica, va evidentemente innestata la differenziazione di disciplina per cui, nei Comuni dalle dimensioni demografiche pari a quello in discorso: gli Esercizi di Vicinato hanno superficie di vendita non superiore a 150 mq; mentre, le Medie Strutture di Vendita hanno superficie superiore fino a 1.200 mq. Tant'è che le Norme Tecniche di Attuazione del P.U.C. in discorso vanno intese nel senso che, nelle zone 'B2' (quale quella ove insiste la proprietà interessata), le medie strutture di vendita sono ammesse purché entro una superficie compresa fra gli oltre mq. 150 e i mq. 1.200.

- In altri termini (come si evince anche dall'art. 6, comma 3, lett. 'c', d.lgs. n. 114/2018 cit.), con riguardo alla 'Programmazione della rete distributiva' ed ai correlati indirizzi generali da definirsi a cura delle Regioni, occorre tener conto che *le attività commerciali, in grado di svolgere un servizio di vicinato, anche per dimensionamento, sono quelle che meglio assecondano le caratteristiche dei centri storici.*

Laddove, quando, da parte dei Comuni, si tratti di adottare i criteri per il rilascio delle autorizzazioni di apertura delle Medie Strutture di Vendita, si dovrebbe aver riguardo alla diversa esigenza di valorizzare la funzione commerciale al fine della riqualificazione del tessuto urbano, in particolare per quanto riguarda i quartieri urbani degradati al fine di ricostituire un ambiente idoneo allo sviluppo del commercio. Ciò, mediante la definizione di una adeguata griglia di "compatibilità" tra le caratteristiche delle strutture commerciali (qualificate in base a settore merceologico [alimentare, non alimentare], tipologia [esercizio singolo o centro commerciale], superficie di vendita) e le caratteristiche insediative del territorio (qualificato in base alla zonizzazione stabilita dallo Strumento Urbanistico Generale comunale ed alla dimensione demografica dei Comuni).

• *Se si conviene su quanto testé riportato, quali che siano le scelte discrezionali operate, in punto di dimensionamento per superficie delle strutture di vendita, non v'è dubbio che vada comunque escluso un regime indifferenziato (quale quello cui ha optato il Comune in discorso adottando il P.U.C. nella sua ultima stesura): che, cioè, non tenga conto delle differenti caratteristiche e vocazioni delle Zone urbanistiche di riferimento, anche dal punto di vista commerciale.*

- *Sempre per via delle menzionate direttive regionali, in un Comune quale quello in discorso, per via del suo dimensionamento demografico, quando si tratti di Media Struttura di Vendita di tipo Alimentare (sia pur mista), come tale ubicabile in sottozona 'B2', non vale il limite di mq. 300 di superficie.*

- *Piuttosto:*

trattandosi di favorire l'insediamento di attività commerciali, in particolare di piccole e medie dimensioni, che valorizzino la qualità dei centri urbani e del territorio, la riqualificazione di aree urbane; nonché, di coordinare l'attività edilizia volta alla valorizzazione dei suoli e al recupero delle aree dismesse con le esigenze di 'equilibrato dimensionamento delle forme distributive';

nelle zone 'B', poiché la natura di zone residenziali sature non configura l'esistenza di condizioni ottimali (sotto il profilo topologico e viabilistico) per la realizzazione di notevoli attrattori di traffico, quali le Grandi Strutture di Vendita; potrà essere consentita, l'apertura (oltre che di Esercizi di Vicinato) di Medie Strutture di Vendita, anche nella forma di centri commerciali: tali da assicurare quella diversificazione dell'offerta commerciale nel settore alimentare (presenza della grande distribuzione) conseguibile solo mediante supermercati di idonea potenzialità⁶.

• *A questa stregua, è del tutto evidente che, in un Comune quale quello in discorso, fra l'altro contraddistinto da una spiccata vocazione turistica eppertanto, da un fortissimo incremento di popolazione in corrispondenza delle stagioni maggiormente propizie, l'idoneità ad assicurare una adeguata diversificazione dell'offerta commerciale non può essere 'strozzata' imponendo, alle Medie Strutture di Vendita, un limite di superficie (mq. 300) pari ad appena il doppio dell'estensione di un Esercizio di Vicinato (cui intrinsecamente risultano del tutto estranei gli obiettivi di 'fronteggiare' una domanda di prodotti massiccia e diversificata).*

⁶ Per una vicenda giudiziale i cui esiti confortano tali conclusioni, può rinviarsi a *I requisiti per l'apertura delle strutture di vendita di media grandezza e la verifica delle dimensioni*, in www.studiolegalededoni.it.

4. Implicazioni in punto di rapporti fra disciplina relativa all'insediamento degli esercizi commerciali e pianificazione urbanistica

L'esposizione testé condotta non sarebbe esaustiva se non venisse inquadrata nella più ampia problematica dei rapporti fra: disciplina relativa (all'insediamento degli esercizi commerciali, *rectius*) alla programmazione della rete distributiva, e pianificazione urbanistica⁷. Non foss'altro perché la giurisprudenza, anche a seguito degli interventi legislativi sulle 'liberalizzazioni' (a partire dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114), ha cercato di lumeggiare al riguardo: concludendo che la diversità degli interessi tutelati da questi due strumenti impedisce di attribuire (in astratto) prevalenza al 'piano commerciale'⁸; salvo dover prendere atto che, per effetto di quel regime di liberalizzazione, al piano commerciale è subentrata la fissazione d'indirizzi e criteri demandata alle Regioni in funzione della successiva attività comunale⁹.

In particolare, a seguito della riforma costituzionale del 2001, il Legislatore statale è di nuovo intervenuto, con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, incentivando la tutela della concorrenza anche nel settore del commercio, facendo venir meno una serie di limiti e prescrizioni nello svolgimento delle attività commerciali, quali: il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività appartenenti alla medesima tipologia di esercizio; le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali; il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle

⁷ Per studi specialistici, *ex multis* può rinviarsi a: G. MANFREDI, *Urbanistica e concorsualità*, in *Giur. it.*, 2023, p. 649 s.; S. AMOROSINO, *La valenza materiale ed immateriale dei paesaggi urbani di rilievo storico*, in *Urb. app.*, 2023, p. 27 s.; G. RIZZI, *Decreto semplificazioni 2020 e modifiche al Testo Unico in materia edilizia*, in *Notariato*, 2020, p. 582 s.; E. BOSCOLO, *La liberalizzazione del commercio e limiti urbanistici*, in *Urb. App.*, 2017, p. 101 s.; P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà d'iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1309 s.; T. BONETTI, *Le discipline normative regionali in materia di governo del territorio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 402 s.; A. SAVATTERI, *L'autorizzazione commerciale presuppone la coerente destinazione d'uso dell'immobile*, in *Urb. app.*, 2016, p. 317 s.; L. DOMENICI, *Il cambio di destinazione d'uso*, in *Notariato*, 2016, p. 26 s.; C. DI SERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla cd. "urbanistica commerciale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 399 s.; P. KOSTANDIN, *Pianificazione urbanistica e abuso di posizione dominante*, *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 39 s.; D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, p. 119 s.; G. DE GIORGI, *Gli insediamenti commerciali*, in *Governo del territorio e autonomie territoriali* (a cura di G. Sciallo), Bologna, 2010, p. 221 s.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI - F. SAITTA, *Rapporti tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio*, in *www.giustamm.it*; G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 707 s.; C.E. GALLO, *Autorizzazione commerciale e disciplina urbanistica*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, p. 435 s.; G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, p. 159 s.

⁸ Già Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2012, n. 2060, in *www.lexitalia.it*.

⁹ Ricorda P.G. PORTALURI, *L'insediamento delle strutture commerciali*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016* (a cura dell'Istituto Enciclopedia Italiana Treccani) che, «nel nuovo sistema le Regioni devono definire «indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali» nonché fissare «criteri di programmazione urbanistica riferita al settore commerciale», affinché gli strumenti urbanistici dei Comuni individuino poi «a) le aree da destinare agli insediamenti commerciali ed, in particolare, quelle nelle quali consentire gli insediamenti di medie e grandi strutture di vendita al dettaglio; b) i limiti ai quali sono sottoposti gli insediamenti commerciali in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali e ambientali, nonché dell'arredo urbano, ai quali sono sottoposte le imprese commerciali nei centri storici e nelle località di particolare interesse artistico e naturale; c) i vincoli di natura urbanistica ed in particolare quelli inerenti la disponibilità di spazi pubblici o di uso pubblico e le quantità minime di spazi per parcheggi, relativi alle diverse strutture di vendita; d) la correlazione dei procedimenti di rilascio della concessione o autorizzazione edilizia inerenti l'immobile o il complesso di immobili e dell'autorizzazione all'apertura di una media o grande struttura di vendita, eventualmente prevedendone la contestualità».

vendite a livello territoriale *sub* regionale; nonché, disponendo l'abrogazione delle *norme* statali confliggenti con quelle pro-concorrenziali e l'adeguamento di quelle regionali entro il 1 gennaio 2007.

In tale contesto normativo si sono quindi inseriti ulteriori interventi legislativi volti a perseguire l'obiettivo della liberalizzazione, tenendo però in adeguata considerazione le esigenze connesse alla cura di altri interessi pubblici meritevoli: tra cui quello urbanistico.

Così, nel recepire la 'Direttiva servizi' (2006/123/CE), il Legislatore statale ha previsto che limitazioni o restrizioni, all'accesso e all'esercizio di un'attività di servizio (inclusa quella commerciale), sono consentite solo se sussistono «motivi imperativi di interesse generale», cioè «ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, *la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano*, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale» (per via del 'combinato disposto' dell'art. 8, co. 1, lett. h, e dell'art. 12, d.lgs. n. 59/2010). Sulla medesima falsariga, nel 2011, si è sancito che «costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, *dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano*, e dei beni culturali», con abrogazione di ulteriori restrizioni allo svolgimento di attività economiche¹⁰. L'anno seguente è stata disposta l'abrogazione: delle «norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica *non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità*»; di quelle norme che «pongono divieti e restrizioni alle attività economiche *non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite*»; nonché, delle «disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli *non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate*»¹¹.

Tal interventi legislativi di liberalizzazione sono sicuramente rilevanti ai fini del concreto disimpegno delle funzioni di programmazione della rete distributiva da parte di Regioni e Comuni, dal momento che questi Enti - in sede di redazione rispettivamente di indirizzi e criteri per l'insediamento di strutture di vendita e dei piani commerciali - non possono stabilire limiti e restrizioni quantitative che non rispondano a motivi imperativi di interesse generale, bensì a finalità di politica economica.

Senonché, non ne risulta sprovvista di attualità la questione dei rapporti fra disciplina relativa all'insediamento degli esercizi commerciali e pianificazione urbanistica: «dal momento che con essi il Legislatore non ha certo voluto consentire una "liberalizzazione assoluta o selvaggia". Limitazioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali sono, infatti, tuttora possibili purché "non si fondino su quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite, ossia ... sull'apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza dell'offerta alla presunta entità della domanda". In altri termini, "se è ben vero che le autorizzazioni commerciali non possono essere limitate avendo quale parametro di riferimento la pretesa sufficienza degli esercizi esistenti, è altrettanto vero che *la c.d. 'urbanistica*

¹⁰ Cfr. art. 31, co. 2 e art. 34, co. 3, d.l. n. 201/2011.

¹¹ Art. 1, d.l. n. 1/2012.

commerciale' può individuare altri elementi di limitazione, riferiti, ad esempio all'essere determinate zone più o meno servite ..., ovvero alla presenza di monumenti di particolare significanza o di panorami, o bellezze d'insieme, che non si vogliono turbare con la presenza di strutture incongrue, o ancora all'inadeguatezza della rete viaria»¹². In tale contesto, può tornar utile di muovere da un contributo significativo proveniente dalla giurisprudenza secondo cui:

se «il rilascio di autorizzazioni commerciali presuppone la conformità urbanistica, vi è una innegabile connessione anche sul piano programmatico: la programmazione commerciale non può essere disgiunta dalla pianificazione urbanistica, ma anzi presuppone che i due aspetti vengono valutati congiuntamente e contestualmente»¹³;

vanno reputate illegittime le scelte di pianificazione urbanistica assunte senza considerare quanto stabilito dal piano commerciale alle stesse previgenti; si dà disporsi l'annullamento - per violazione del principio di coordinamento - di una variante urbanistica adottata «senza una verifica della pianificazione commerciale e delle precedenti scelte di collocare in quella zona una struttura commerciale»¹⁴.

Di tal fatta:

non solo parrebbe esser venuto meno il primato che il piano urbanistico rivestiva nel sistema delineato dalla L. 11 giugno 1971, n. 426, almeno se inteso come tale da comportare l'obbligo per il piano commerciale oltre che di essere approvato in conformità alle scelte di pianificazione urbanistica, pure di adeguarsi alle stesse in caso di loro variazione¹⁵;

essendo dato di registrare (benché a fronte di normative regionali che non esplicitavano in alcun modo i rapporti di forza tra strumenti urbanistici e specifiche norme dettate per lo sviluppo della rete distributiva) persino che «laddove non vi sia conformità o coerenza tra le previsioni dello strumento di promozione e quelle degli strumenti urbanistici, sono queste [ultime] a dover essere adeguate» e «tale obbligo di adeguamento deve ritenersi previsto essenzialmente per l'ipotesi che le previsioni urbanistiche impediscano la realizzazione delle previsioni del piano commerciale»¹⁶.

¹² Così P.G. PORTALURI, *L'insediamento delle strutture commerciali*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016* (a cura dell'Istituto Enciclopedia Italiana Treccani), trovando favorevole sponda in T.A.R. Friuli - Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 11 marzo 2011, n. 145, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ T.A.R. Lombardia, Milano, 25 luglio 2008, n. 2994.

¹⁴ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 4 maggio 2011, n. 1148.

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2928.

¹⁶ T.A.R. Umbria, Perugia, 12 agosto 2003, n. 650. T.A.R. Campania, Napoli, n. 2668/2002 si spinge ad affermare che sarebbe «evidente la volontà del legislatore di assegnare allo strumento (comunque definito) con il quale si individuano le aree da destinare ad insediamenti commerciali, una funzione esaustiva di ogni esigenza sia di carattere commerciale, sia di carattere urbanistico»; soggiungendo che di «tale espressa ed inequivoca volontà legislativa è prova la stessa lettera dell'art. 6 d.lgs. n. 114/1998»: da cui si dedurrebbe «in primo luogo, che il legislatore non intende duplicare la programmazione dell'utilizzazione del territorio, separando in distinti atti la programmazione urbanistica e la programmazione commerciale; in secondo luogo, che l'atto di individuazione delle aree da destinare agli insediamenti commerciali costituisce “strumento urbanistico” ... ed è in tale strumento che devono essere sia individuate le suddette aree sia dettate tutte le prescrizioni urbanistiche di specie». Secondo quest'orientamento, cioè, lo specifico strumento per lo sviluppo dell'apparato distributivo verrebbe a «definire (ed esaurire) l'esercizio del potere di programmazione e pianificazione del territorio, *ai fini urbanistici e commerciali*», con la conseguenza che non sarebbe necessaria l'adozione di varianti urbanistiche per la localizzazione di strutture commerciali o di ulteriori strumenti urbanistici attuativi propedeutici al rilascio delle autorizzazioni commerciali. È chiaro che riconoscere al piano commerciale l'effetto di integrare e/o variare le scelte di assetto del territorio vuol dire affermare la prevalenza di quel piano sullo strumento urbanistico (P.G. PORTALURI, *L'insediamento delle strutture commerciali*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016* - a cura dell'Istituto Enciclopedia Italiana Treccani -).

Nondimeno, tale indirizzo parrebbe attualmente recessivo (a partire dalla menzionata pronuncia del Consiglio di Stato risalente al 2012): nel senso che non solo i piani urbanistici sono legittimati a porre limiti agli insediamenti commerciali (e dunque alla libertà di iniziativa economica), ma la diversità degli interessi pubblici avuti di mira impedisce di accordare prevalenza alle ragioni commerciali rispetto a quelle urbanistiche. Ne risulta meglio salvaguardato l'interesse pubblico all'ordinato assetto e sviluppo del territorio rispetto alle esigenze connesse allo sviluppo della rete distributiva: affermando che, anche nel sistema attuale sussiste (quantomeno in astratto) il primato della pianificazione urbanistica¹⁷. Salvo osservare (conformemente a quanto rilevato nel par. prec.) che ciò non può trasmodare in una legittimazione della disciplina urbanistica che si traduca in scelte irragionevoli nella programmazione della rete distributiva (in quanto ne risulti pregiudicata la adeguata diversificazione dell'offerta commerciale)¹⁸.

5. Considerazioni conclusive sull'‘approccio’ da riservare al problema

Da quanto esposto, riportando gli esiti cui sono ultimamente pervenuti alcuni dei ‘formanti’ giuridici di riferimento¹⁹, emerge certo disorientamento circa la considerazione da riservare nel

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2024, n. 7457; Sez. IV, 21 agosto 2024, n. 7187; sez. VII, 24 giugno 2024, n. 5589 («In merito al rapporto tra i limiti imposti dagli atti della pianificazione urbanistica e i principi in materia di liberalizzazione del mercato dei servizi, la disciplina comunitaria della liberalizzazione non può essere intesa in senso assoluto come primazia del diritto di stabilimento delle imprese ad esercitare sempre e comunque l'attività economica, dovendo, anche tale libertà economica, confrontarsi con il potere, demandato alla pubblica amministrazione, di pianificazione urbanistica degli insediamenti, ivi compresi quelli produttivi e commerciali»).

¹⁸ Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2024, n. 4096 («La disciplina comunitaria della liberalizzazione commerciale non può essere intesa in senso assoluto come primazia del diritto di stabilimento delle imprese ad esercitare sempre e comunque l'attività economica, dovendo, anche tale libertà economica, confrontarsi con il potere, demandato alla pubblica amministrazione, di pianificazione urbanistica degli insediamenti, ivi compresi quelli produttivi e commerciali. La questione, pertanto, involge tipicamente un giudizio sulla proporzionalità delle limitazioni urbanistiche opposte dall'autorità comunale rispetto alle effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio. Esigenze che, per l'appunto, devono essere sempre riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e non fondate su ragioni meramente economiche e commerciali, che si pongano quale ostacolo o limitazione al libero esercizio dell'attività di impresa che non deve comunque svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. ... Le prescrizioni contenute nei piani urbanistici, rispondendo all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, possono porre limiti agli insediamenti degli esercizi commerciali e dunque alla libertà di iniziativa economica. La diversità degli interessi pubblici tutelati impedisce di attribuire in astratto prevalenza al piano commerciale rispetto al piano urbanistico»). Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2024, n. 2815 («La disciplina comunitaria della liberalizzazione non può essere intesa in senso assoluto come primazia del diritto di stabilimento delle imprese ad esercitare sempre e comunque l'attività economica, dovendo, anche tale libertà economica confrontarsi con il potere, demandato alla pubblica amministrazione, di pianificazione urbanistica degli insediamenti, ivi compresi quelli produttivi e commerciali, in un'ottica di bilanciata proporzionalità delle contrapposte esigenze. Gli atti della programmazione territoriale non sono, infatti, esenti dalle verifiche prescritte dalla direttiva servizi per il solo fatto di essere adottati nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, dovendosi verificare se, in concreto, essi perseguano effettivamente finalità di tutela dell'ambiente urbano o siano, comunque, riconducibili all'obiettivo di dare ordine e razionalità all'assetto del territorio, oppure perseguano la regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese. Una volta ammessa, poi, una particolare tipologia di uso commerciale, non è legittima l'introduzione di restrizioni quantitative al numero di esercizi, la quale non si configura quale prescrizione meramente urbanistica, ma si traduce in una limitazione ingiustificata e discriminatoria della libertà di stabilimento e della libertà d'impresa nonché in una regolazione indebita dell'offerta sul mercato»).

¹⁹ R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* - sez. civ. -, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: agli “insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento” può darsi il nome di “formanti” (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.).

confronto fra gli interessi involti dalla fenomenologia in esame: al governo del territorio ed alla programmazione della rete distributiva nel settore commerciale.

In particolare, di là dall'avvicinarsi delle scelte di politica legislativa, pare sintomatico l'ondivago orientamento formatosi presso le disparate sedi della giurisprudenza di merito; sì da indurre ad esperire un tentativo 'riparatore', attingendo al contributo dottrinale.

Lungo tale falsariga, muovendo dalla *pars destruens* del discorso, non ci si può esimere dall'obiettare ai giudici di essere incorsi comunque, di là dagli esiti nell'individuazione dell'interesse pubblico prevalente, nei condizionamenti del "positivismo giuridico debole". Così tradendo un'impostazione più generale che, partendo dai principi sanciti nella Carta costituzionale e dalla "contrafattualità" del monopolio statuale del diritto, si vuole largamente orientata verso un semplice obbligo di ponderazione che talvolta degenera in "razionalità rispetto al valore".

Gli è, tuttavia, che ciò si determina senza poter registrare quel preliminare chiarimento dogmatico, sui rapporti tra criteri (innanzitutto valoriali), estremamente opportuno onde evitare che: la necessità di astrazione, insita nell'uno ("regola/eccezione"), venga elusa; la *ratio legis* dell'altro si riduca alla ponderazione stessa²⁰. Di tal fatta, resta ferma l'obiezione, rivolta (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del "diritto vivente", di "intuizionismo neo-giustizialistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica: l'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, a quella dottrina, un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto).

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

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

Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

²⁰ N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 77 s.

Dal momento che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti, se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi, la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della co-esistenza)²¹.

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai auto-referenziale la quale trascura che, nello "Stato costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. *«Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. ... ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto»*²².

Oltretutto, l'impraticabilità, di tale forma del diritto vivente, meglio si apprezza alla luce del diritto "comunitario" (*id est*, del modo in cui l'interpretazione della legge viene da quest'ultimo vincolata e modificata). Infatti, alla base dell'ordine giuridico europeo si rinviene una concezione dell'interesse pubblico diversa, se non antitetica, rispetto a quella che ha ispirato per decenni le corrispondenti politiche in Italia (come in Germania, nel Regno Unito, in Francia, etc.). Nella filosofia politica del *Welfare State* *«l'interesse pubblico viene tutelato attraverso un intervento pubblico, che si realizza a mezzo - spesso - di prestazioni pubbliche di tipo universalistico o rivolte a cerchie determinate di beneficiari, misure che producono effetti distributivi o redistributivi, importano un crescente prelievo fiscale, presuppongono incisive limitazioni della libertà d'impresa ...*

Espressione di questa filosofia in Italia... è [rinvenibile] all'art. 41, comma 3° della Costituzione: "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e

²¹ F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *L'equità* (atti del convegno del Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale -Lecce, 9-11 settembre 1973), Milano, 1974, p. 83.

²² M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”, cioè [attraverso] una funzionalizzazione dell’impresa ...

L’interesse pubblico del diritto europeo invece è l’interesse pubblico dello Stato liberale, l’interesse a che ciascuno persegua il proprio interesse individuale, all’interno di un mercato concorrenziale che i pubblici poteri garantiscono, in cui il benessere dipende dall’impresa anziché dall’intervento pubblico; in cui la redistribuzione della ricchezza viene affidata a un processo che privilegia la produzione anziché costituire un prius rispetto alla produzione.

Un interesse pubblico così concepito non solo è tendenzialmente antitetico all’interesse pubblico del Welfare State, ma segna un limite alla stessa libertà del potere legislativo di individuare nuovi interessi pubblici e di apprestarne la tutela: interessi corporativi, cioè interessi di collettività minori che le politiche dello Stato del benessere hanno eretto a interessi pubblici vengono in certa misura squalificati in ossequio ad un interesse pubblico che tende a prospettarsi sempre più come un interesse pubblico generale, cioè quell’interesse pubblico generale che viene tutelato nelle forme tradizionali dei codici»²³.

Comunque, il problema permane anche di fronte all’obiezione per cui l’ordinamento "comunitario" conosce sempre più incisivi temperamenti della propria anima liberista. Infatti, determinati ambiti di materia, come (esemplificativamente) il diritto pubblico urbanistico e dell’ambiente, dimostrano che: ci si muove ancora in una fase in cui i criteri dominanti restano pur sempre quelli derogatorio (“in salsa” equitativa) e della responsabilità (per danno già cagionato); mentre permane un (acceso) dibattito intorno all’impiego sia dei principi d’"integrazione" e di "precauzione" sia di formule (es., pericolosità di determinate situazioni) "oggettivanti" l’imputazione.

Può, dunque, concordarsi sulla necessità che il pensiero giuridico trascorra da “sistemi di concetti” (nel solo interesse della conoscenza, intesa come ordine) a “sistemi di azioni”; non sulla “resa incondizionata” all’"intuizionismo" (opportunismo, quale ne sia la matrice, di giurisprudenza teorica o pratica). Piuttosto, si deve pensare ad una dogmatica di nuovo stile che asseconi il dato per cui i confini dell’*input* e dell’*output* pongono esigenze diverse alla struttura di un sistema. Lungo tale falsariga, dovendosi interrogare innanzitutto sul se e come la dogmatica sia in grado di sviluppare (al livello di astrazione necessario al sistema giuridico) regole di contemperamento dell’accresciuta programmazione legislativa con un ordinamento dalla limitata transittività dei valori rilevanti e con un contenuto opportunismo (in sintesi, una dogmatica in grado di motivare, senza perderne il controllo, l’utilizzazione di aspettative di conseguenze quali criteri di decisione).

Se si conviene sulle precedenti connessioni generali, tornando al problema che occupa il presente scritto e ad un seguito di *pars construens* del discorso, non ci si può esimere dal rilevare che, tanto l’assetto di disciplina urbanistica quanto quello della rete distributiva commerciale, non possono che essere improntati anche all’orizzonte del futuro, in quella misura (pianificatoria) condividendo uno schema di tipo consequenzialista: in quanto più sensibile verso le ripercussioni derivabili che non rispetto ad un ordine fatto di prevedibilità accettabile (secondo l’alternativo modello ipotetico-

²³ G. CORSO, *L’interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo* (a cura di A. Palazzo), Napoli, 2001, p. 261 s.

casuistico)²⁴, tale da evocare una logica della scelta improntata alla dialettica ed al criterio di “verificazione”.

²⁴ Tradizionalmente, avuto riguardo all'approccio teoretico cui è connaturata l'idea di ordine normativo a fronte dell'indeterminabilità del futuro, ha corrisposto uno schema di tipo "ipotetico-casuistico" imperniato sulla "fattispecie legale". Tale schema è peraltro assecondato dalla logica formale, ove corrisponde all'espressione d'implicazione "se ... allora" (B. RUSSELL, *Principia mathematica*, 1910-1913; ID., *Logica e conoscenza*, 1956). Di quel modello non s'intende far questione come (connaturato) «*limite alla libertà di giudizio in ordine all'unico fatto pensabile, cioè al fatto concreto*» (come vorrebbe S. SATTA, *Giurisdizione – II. Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 221). Infatti, ne risulta plausibilmente coniugata la duplice istanza: - dell'accettare una riduzione dell'esperienza di regolazione entro strutture (più o meno) “rigide”, con conseguente sacrificio della “materialità”, del momento assiologico-reale (disposizione a ridimensionare il ruolo degli interessi); - pur di “dominare e permeare la fluida materia della vita sociale”, per l'appunto assecondandola nell'inevitabile opera di semplificazione della complessità dei conflitti (secondo quanto propugnato da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata da G. Crifò, Milano, 1971, p. 103; sempre nell'ottica della teoria generale, A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. - I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, segn. p. 184 s., pone l'accento sulla necessità, in una visione non formale del diritto, di dotarsi «di un sistema normativo rispettabile..., in quanto non straripante in dimensioni di pratica inconoscibilità e non pregiudicato nella sua pratica attuabilità da vizi di disarticolazione, contingenza, ambiguità»). Termine d'attacco ne è piuttosto una versione "scolastica", almeno nel suo essere: di tipo descrittivo (estensionale), corrispondente al paradigma computistico della logica identitaria (somma degli elementi dei quali si compone il fatto, cui la regola riferisce il proprio principio normativo); proiettata sull'orizzonte del passato. Sennonché, a partire dalla più autorevole letteratura sociologica, pare potersi obiettare che essa non s'attaglia soddisfacentemente ad una compiuta padronanza dei processi decisionali intrinseci al diritto. Da qui, l'esigenza di tornare sulle ragioni di certa precomprensione del giurista: - legata al riconoscimento di un posto di prim'ordine all'"effetto" nella teoria della norma giuridica (A. FALZEA, *Voci di Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 185 s., segn. pp. 242-243); - col rischio però di gettare un cono d'ombra sui meccanismi (operativi) che vi sovrintendono, laddove vengano invariabilmente ricondotti ad un unico (N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, tr. it. Bologna, 1978). All'uopo tornano senz'altro utili certe riflessioni dottrinali formulate in relazione al problema dell'"efficacia", come riconducibile (stante la sua "esistenza squisitamente giuridica") a quello della scienza del diritto (*id est*, del diritto visto sul piano strettamente scientifico - A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 s. -). «Ogni norma particolare definisce nel proprio effetto un particolare interesse della comunità giuridica e quindi una situazione necessaria per soddisfare questo interesse. Logicamente, la necessità assiologica della situazione inerisce all'effetto della norma ma in ultima analisi scaturisce dalla norma stessa che condiziona in generale (universalmente) l'effetto al fatto: cioè quel dato valore [interesse] giuridico ... a quella data fattispecie ... In certo senso, la necessità è già virtualmente racchiusa, allo stato ancora astratto ipotetico inattuale, nella generalità (o universalità) della norma e del condizionamento che essa stabilisce tra il fatto e l'effetto. Il verificarsi del fatto dà luogo a un fenomeno di determinazione o concentrazione. Non appena la fattispecie condizionante si realizza, il valore giuridico condizionato diventa incondizionato, e così l'universalità del rapporto condizionale si concentra in necessità. O si può anche dire: la necessità che era prima meramente virtuale e ipotetica si potenzia, col verificarsi dell'ipotesi, in necessità vera e propria, ormai ben determinata e attuale. E, in quanto il valore giuridico definisce la situazione che verificandosi lo soddisfa e non verificandosi lo lascia insoddisfatto, è chiaro che la necessità assiologica della situazione sgorga immediatamente dal carattere non più condizionato, attualmente necessario, del valore giuridico. D'altra parte ogni valore giuridico è un valore del comportamento umano, dunque un valore di azione e perciò in ogni effetto giuridico la situazione futura va riferita a una azione corrispondente. In ultima istanza l'evento che dovrà realizzare in futuro la situazione non potrà essere determinato che da un atto umano, poiché, come sappiamo, le attività dei soggetti giuridici sono le sole forze di cui una comunità giuridica disponga per determinare nel tempo gli eventi che le sono vantaggiosi. Questo mutuo indissolubile rapporto, per cui dal punto di vista del diritto il giudizio su una situazione futura non è mai indipendente dal giudizio sull'azione capace di realizzarla, chiarisce in qual senso e in quali limiti la categoria della necessità riceve impiego nel campo della valutazione giuridica: una necessità giuridica sussiste, esclusivamente nella misura in cui la necessità assiologica di una situazione diventa la necessità assiologica di

Da qui, l'esigenza di ricorrere ad una nozione epistemologicamente "matura" d'interesse pubblico. Quest'ultimo da intendersi non come appartenente, in via esclusiva e predeterminata all'amministrazione (in forza della Legge e di un mero parametro di competenza), bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che vi sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati²⁵; quale quella suffragata dalle logiche dei meccanismi decisionali

*un'azione. L'idea di una necessità propria dei valori giuridici è in buona sostanza l'idea del dovere giuridico. L'origine di questa idea si riassume nelle seguenti proposizioni e definizioni. Ogni norma giuridica, in quanto definisce un particolare valore giuridico, afferma la necessità assiologica della situazione che soddisfa il valore. Ma nelle norme condizionate questa necessità rimane virtuale e solo virtualmente racchiusa nell'astratta generalità del rapporto che condiziona il valore giuridico a una determinata fattispecie e lo costituisce come effetto giuridico. Solo quando la fattispecie condizionante si realizza e il valore giuridico condizionato diventa incondizionato, la necessità assiologica della situazione assume rilievo attuale e si costituisce come vera e propria necessità giuridica. D'altra parte ogni valore giuridico è un valore di azione, e tale è pure l'effetto giuridico in quanto valore giuridico condizionato. Quindi, in ogni valore o effetto giuridico la necessità assiologica della situazione involge la necessità assiologica dell'azione, e viceversa. La necessità assiologica dell'azione è precisamente il dovere. La categoria del dovere sorge dalla esperienza del valore necessario di una situazione e perciò dell'azione capace di realizzarla. Se la situazione ha valore necessario, l'attività del soggetto capace di realizzarla prende la figura dell'atto dovuto. E si tratta di dovere giuridico perché il sistema di valori, in funzione del quale l'atto è dovuto, è il sistema degli interessi giuridicamente protetti» (FALZEA, op. ult. cit., pp. 477-479). Gli è che, alla (valutazione di) "necessità" fa da contraltare la "possibilità". Se la necessità (quale prima modalità fondamentale di ogni valutazione) è l'"impossibilità del contrario"; la possibilità (quale seconda forma) è la "non necessità del contrario". Traslando tale ordine di connessioni assiologiche sul piano dell'azione: «È lecito affermare in generale che ha il potere di compiere un atto il soggetto che non ha il dovere di ometterlo, cioè di compiere l'atto contrario. ...Il potere si rafforza ...se la norma ...lo "sgancia" da ogni stretto dovere del soggetto; ... [nel qual caso] il potere diventa libertà o almeno discrezionalità» (FALZEA, op. ult. cit., p. 479 s.). Dalle connessioni testé riportate, scaturiscono due ordini di considerazioni. Va osservato innanzitutto che la valutazione giuridica di una situazione futura (atta a soddisfare un certo interesse) e, correlativamente, dell'azione mediante la quale realizzarla, è più complessa ogniqualevolta la norma riconduca la prima nella sfera (di giudizio) della "possibilità-discrezionalità" (rispetto a quella della "necessità"). Ciò premesso, l'aver rilevato che la fattispecie rappresenta non solo un'opportunità, ma anche un limite, consente di "relativizzarla", superando il pregiudizio (e la conseguente "forzatura") che la vorrebbe mutuabile anche quando la Legge assolve a compiti di regolazione degli interessi: esulanti da quello (esclusivamente) preventivo-sanzionatorio, rivolto all'"orizzonte del passato" (F.G. COCA, *Contributo...*, p. 182, sulla funzione che sul piano giuridico svolge l'"ipotesi" nel consentire la trasformazione del precetto da condizionato in categorico); per essere invece indirizzati verso l'"orizzonte del futuro" cioè, imponendo una progressiva definizione "sul campo" a misura di altri interessi, anche in considerazione del continuo evolversi delle informazioni che provengono dai sistemi (di volta in volta) contermini (in forza di disposizioni di rinvio). Segnatamente, in corrispondenza di quest'ultimo tipo di evenienze:*

- benché permanga l'esigenza (comune, ma più sentita nel diritto pubblico) di "stabilizzazione" decisionale (sul tema si sofferma L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa...*, p. 276 s.);

- muta quella strategia alla base della recezione ed elaborazione d'informazioni con la quale l'ordinamento si "autonomizza" rispetto al contesto cui si riferisce: più sensibile verso le conseguenze (gli effetti, per l'appunto) che intende arrecarvi (LUHMANN, *Sistema giuridico...*, p. 58 s.).

Ratione materiae ciò accade frequentemente quando, alla cura dell'interesse pubblico, il "buon amministratore" deve provvedere (secondo quanto già intuito dai "Pre-orlandiani"), non solo in ragione del principio del "minimo mezzo", ma altresì con "prudenza" «onde possa variare secondo i bisogni» (A. LIONE, *Elementi di diritto amministrativo esposti nella Regia Università di Torino*, Torino, 1849, rispett. pp. 112-113 e 8).

Non per caso tale criterio impronta largamente la disciplina contenuta nella stessa L. n. 241/1990 (L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002, p. 191).

²⁵ Su tali questioni, vertenti attorno a certa misconoscenza dell'interesse pubblico come "problema essenziale del diritto amministrativo", sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità*, Cagliari, 2023, pt. II, par. 3: «... deve registrarsi una tradizionale trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico in certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo

(interpretativo-applicativi): del “circolo ermeneutico”; nonché, “operazionale” (dei ‘costi/benefici’) paradigmaticamente compendiabile secondo le scansioni del “razionalismo critico”²⁶.

sostanzialmente inteso. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni. Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico o dell’interesse legittimo come coincidente col primo (da cui “riceve[rebbe] la vita”), così riducendo il secondo al rango di mero potere di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da “sdoganare” la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell’interessato). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima “costola”, per cui l’unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale logicamente ammissibile sarebbe il diritto soggettivo. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale (“a tenuta stagna”) quanto alla distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull’asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l’interesse pubblico individualizzato nell’amministrazione. In particolare, da diversi decenni la dottrina ha posto l’accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme “di azione” sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l’interesse sostanziale dell’individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione. Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell’interesse pubblico rispetto all’interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione “anfibia” di un raffronto (l’interesse legittimo designando una situazione giuridica, l’interesse pubblico – tecnicamente – un’utilità per l’amministrazione); altrimenti, identificando l’interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell’inammissibilità di una “correlazione” con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui» (subordinazione dell’uno o dell’altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo. Gli è tuttavia che quest’ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell’idea d’interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., “vincolo di scopo”, inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivi e già formalizzati in una regola - legge o atto amministrativo -, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell’amministrazione); sì da concludere risolutamente nel senso dell’“irrelevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive”. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni. Innanzitutto, se l’art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell’interesse pubblico nell’ordinamento e, mediante la nozione di legittimità “allargata”, il contenuto dell’interesse legittimo (“che non è possibile definire che in relazione all’interesse pubblico siffattamente risolto”): non solo vi si coglie l’essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo; ma ne risulta “sconfessata” qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali. In buona sostanza, si tratta di condurre l’interesse legittimo dalla condizione di “testa di ponte” della legittimità in certa area del merito (secondo quanto verrà esposto a proposito della ragionevolezza) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve - processuale e procedimentale -) sino ad annettervi (almeno in prospettiva) un più penetrante sindacato sull’opportunità. In secondo luogo, quella tesi “tradisce” una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo - al più nella sua versione finalistica - *id est*) ipotetico-casuistico. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall’irriducibilità a quest’ultimo delle disposizioni di matrice “conseguenzialista”; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente “matura” d’interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all’amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministratori; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del “circolo ermeneutico”.

²⁶ Quest’ultimo paradigma generale: rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l’impiego di mezzi pur soggettivamente “adeguati” (logica “operazionale” dei costi/benefici); per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell’esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle “teorie rivali”, onde condurre all’emersione degli errori (“falsificazione”, come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione (Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.).

Da qui parimenti, in ambiti di disciplina improntati ad un criterio di tipo "conseguenzialista", si perviene ad un esito di giustizia solo se risulta "corretto" il rapporto: fra criteri di legittimazione, a vantaggio di quello oggettivo; fra sindacati, la funzione del criterio di legittimità venendo assunta da quello di merito - inteso quale effettivo soddisfacimento dell'interesse pubblico -²⁷).

In altri termini, qualora s'imponga una progressiva definizione "sul campo" a misura di altri interessi, anche in considerazione del continuo evolversi delle informazioni che provengono dai sistemi (di volta in volta) contermini (in forza di disposizioni di rinvio): benché permanga l'esigenza (comune, ma più sentita nel diritto pubblico) di "stabilizzazione" decisionale²⁸; muta quella strategia alla base della recezione ed elaborazione d'informazioni con la quale l'ordinamento si "autonomizza" rispetto al contesto cui si riferisce, rendendosi più sensibile verso le conseguenze (gli effetti, per l'appunto) che intende arrecarvi²⁹.

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia - almeno in una certa forma -, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza". Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali" (compresa quella giuridica).

²⁷ LEVI, *L'attività conoscitiva...*, p. 551 s. Per un confronto può rinviarsi ad alcune connessioni in G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVI, 1976, p. 130 s., segn. p. 139.

²⁸ Sul tema si sofferma L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa...*, 276 s.

²⁹ "autonomizzazione" (temporale) del sistema giuridico, corrispondente (per quanto anticipato) allo sviluppo sostenuto della moderna società (industriale e complessa), si riscontra su entrambi gli orizzonti (sociologici) di connessione all'ambiente, del "passato" (*input*) come del futuro (*output*). LUHMANN, *Sistema giuridico...*, p. 58: «Oggi la giustizia non può più essere intesa come una norma giuridica superiore, ma solo come l'espressione di un'adeguata complessità del sistema giuridico, in particolare come l'obbligo di aumentarne la complessità nella misura in cui ciò è compatibile con una coerente attività decisionale. Una tale regola, a sua volta, sposta il punto di partenza da cui muove una ricerca di giusti concetti, di giuste teorie e soluzioni dogmatiche dei problemi, di una giusta dogmatica». L'a., partendo dalle "funzioni comprensive" del diritto rispetto alla società (di generalizzazione e stabilizzazione di aspettative di comportamento mediante "regole applicabili a processi che iniziano in modo contingente" e quindi compatibili con l'arbitrarietà e l'incontrollabilità di tale inizio), ricava implicazioni che riguardano la collocazione e la funzione delle regole dogmatiche. «Noi ci serviamo per questo di un modello generale, desunto dalla teoria dei sistemi, secondo il quale i sistemi che elaborano informazioni sono collegati al loro ambiente in un duplice modo: mediante *input* e mediante *output*. Le regole alle quali il sistema si orienta e mediante le quali esso limita la rilevanza dell'ambiente per le proprie decisioni guidano la trasformazione dell'*input* in *output*.

...Considerata in generale, la differenziazione tra *input* e *output* è conseguenza dell'autonomizzazione del sistema sotto l'aspetto temporale. L'autonomizzazione di un sistema comporta, tenendo conto in particolare del punto di vista temporale, che gli avvenimenti all'interno del sistema non coincidono più con gli avvenimenti dell'ambiente del sistema, ma precedono o seguono questi ultimi; che quindi gli orizzonti temporali per il sistema si separano specificamente in orizzonti temporali del passato e in orizzonti temporali del futuro. In tal modo non si è ancora detto se e in che misura questa distinzione tra *input* e *output* o tra orizzonte del passato e orizzonte del futuro corrisponda a una differenziazione interna al sistema. Ad esempio, sarà quasi del tutto privo di senso separare i ruoli di chi riceve l'informazione e di chi trasmette il risultato dell'elaborazione di tale informazione (eccetto forse che nel caso di funzioni puramente subalterne), e comunque solo sistemi assai complessi si permetteranno il lusso di avere degli specialisti per lo studio del passato e degli altri specialisti per lo studio del futuro. Maggiore peso pratico ha un'altra questione, cioè se nei sistemi vi siano concentrazioni dell'orientamento verso i confini dell'*input* o verso i confini dell'*output*, e quali conseguenze strutturali abbia la scelta di uno di tali orientamenti. Ovviamente in ogni sistema differenziato vi sono sempre entrambe le cose: sia *input* che *output*, sia orizzonti del passato che orizzonti del futuro. Ma è possibile che la rilevanza, la problematicità e il centro focale dell'interesse a elaborare informazioni provenienti dall'ambiente vari in una direzione o nell'altra. Se il centro di gravità dell'attenzione è collocato ai confini con l'*input*, ciò significa che il

Corrispondentemente, si fornisce l'abbrivio ad una prerogativa di sindacato-decisione:

su profili di risultato-merito, in considerazione del vertere la controversia su di un rapporto amministrativo sottoposto ad una disciplina improntata allo schema consequenzialista, così da implicare un esercizio discrezionale;

come tale, "conformativa" (non tanto per via dell'assunzione di un connotato sostanziale da parte dell'interesse legittimo, quanto), in considerazione di ciò che: se tale tipo di esercizio presuppone una costruzione dell'interesse pubblico come "concreto", sul presupposto della complementarità fra interesse pubblico ed interesse legittimo; il relativo sindacato, da parte del giudice amministrativo (in termini di maggiore o minore rispondenza all'interesse pubblico, concreto), non può che fare di quest'ultimo un coartefice dell'ordinamento³⁰.

Fermo restando che, da quel giudicato "conformativo", non risulta pregiudicata la "divisione di poteri-funzione" con l'amministrazione (con corrispondente osservanza dello schema logico della *deference*, seguendo il quale, alla condizione di organo *super partes*, si affianca il dovere del giudice di rispetto degli ambiti di valutazione non sostituibili con apprezzamenti soggettivi del medesimo): la prerogativa di valutazione-costruzione dell'interesse pubblico come "concreto" non potendo spingersi oltre una "contrarietà sostenibile" rappresentata dalla maggiore o minore 'premialità', fra una

sistema svolge la sua funzione primariamente mediante un'accurata recezione ed elaborazione di informazioni e in modo relativamente indifferente rispetto alle conseguenze che vengono così provocate. Una concentrazione dell'attenzione ai confini con l'*output* dovrebbe quindi significare, dal punto di vista della società globale, che il sistema vede il proprio principale problema nella produzione di certi effetti che si devono verificare nell'ambiente, e si procura le informazioni solo come mezzi in vista di questo scopo e quindi seguendo uno specifico interesse rivolto alla produzione di certi effetti. Dal punto di vista dell'intera società, pertanto, un centro di gravità dell'attenzione ai confini con l'*input* dovrebbe essere assicurato ammettendo una certa indifferenza nei confronti delle conseguenze; un centro di gravità ai confini con l'*output* dovrebbe essere assicurato ammettendo la libertà di scegliere i mezzi per conseguire lo scopo perseguito...» (ivi, pp. 61-62). Alla luce di tali riflessioni, mutate dalla teoria dei sistemi, l'a. si spiega il perché di una struttura dogmatica classica impostata primariamente (se non esclusivamente) ai confini dell'*input* del sistema giuridico: cioè, come anticipato nel testo, utilizzata per elaborare informazioni sui casi (standardizzandoli e classificandoli), in funzione di una garanzia di capacità decisionale del sistema, più che di un intervento determinato sull'ambiente sociale. Laddove, proprio nel diritto pubblico è divenuto ormai ineludibile il problema della possibilità di criteri giuridici per la regolazione dei programmi di scopo (ivi, p. 96 s., nonché studi richiamati in nt. 34).

³⁰ Tale connotato funzionale si spiega alla luce di un articolato discorso argomentativo, culminante nell'assetto sostanziale acquisito dall'interesse pubblico: dal momento che centro vitale dell'azione amministrativa è l'esercizio della discrezionalità eppertanto, il relativo sindacato giurisdizionale, non trovando sempre un compiuto ordine normativo (secondo lo schema ipotetico-casuistico): da un canto, finisce col venire a contatto col dispiegarsi della molteplicità degli interessi; dall'altro, si traduce, piuttosto che in giurisdizione (nell'attuazione logicistica della volontà concreta della legge, a partire da un'interpretazione "concettuale"), nell'individuazione dei "valori di giustizia". Pertanto, quando il giudice amministrativo sindacava, al contempo crea il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione dei 'pubblici poteri'. In tale contesto, la giurisdizione amministrativa non si limita a tutelare situazioni giuridiche soggettive di piena ed esclusiva attribuzione individuale; piuttosto, estrae dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione. Cfr. M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, col. 161 s., segn. col. 164: «Non senza ragione, la polemica intorno all'abolizione del contenzioso amministrativo prima e all'istituzione di una giurisdizione amministrativa dopo si sviluppò intorno al fatto che il giudice "altro" era destinato ad esplorare uno spazio (lo spazio dell'amministrazione pura, della conflittualità sociale) collocato al di là delle colonne d'Ercole delimitanti l'ambito dell'applicazione delle "leggi civili e politiche, regolatrici dei rapporti pubblici e privati" (Mancini) o, se si preferisce, l'ambito dei "diritti della privata proprietà e libertà" (Romagnosi)».

molteplicità di soluzioni ragionevoli già compiutamente prospettate, rispetto al problema affrontato dall'amministrazione³¹.

³¹ Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, AmbienteDiritto Editore, 2026.