

## Premesse

I testi giuridici che intendono dar conto dell'insieme di una disciplina sono variamente strutturati e intitolati a seconda del carattere più o meno completo dell'opera, dell'essere volti a esporre prevalentemente il diritto positivo vigente o, al contrario, a mettere in evidenza le principali problematiche.

Il diritto amministrativo ha assunto da molto tempo una dimensione tale che l'unico modo per darne una rappresentazione completa è quello del trattato.

In Italia il primo e fondamentale trattato di diritto amministrativo è stato quello a cura di Vittorio Emanuele Orlando (*Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, in dieci volumi pubblicati dal 1907 al 1936) che contiene non solo una ricognizione completa della materia ma anche importanti contributi ricostruttivi, come la parte su *Il Comune* di Santi Romano). Un vero e proprio trattato, è anche il *Corso di diritto amministrativo*, di G. Zanobini, Milano 1936, con varie edizioni via via più corpose (6 volumi 1959).

Sono recenti il *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, in 39 volumi dal 1988 al 2007, il *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese (Milano, II ed. in sette volumi 2003) e il *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano 1997 in tre volumi e, II ed., 2007 in sette volumi.

I testi destinati anche alla didattica, nel diritto amministrativo come nelle altre discipline, hanno ovviamente dimensioni minori, non si pongono quindi un obiettivo di completezza e sono variamente intitolati; con il solo nome della disciplina o con quello di Manuale, Istituzioni, Introduzione, Appunti, Lineamenti, nomi dai quali almeno in parte si desume il "taglio" dell'opera, il profilo dal quale la materia viene analizzata. Più raramente è stato impiegato, come qui si è fatto, il titolo "Principi".

I primi testi di monografie che hanno utilizzato questo termine nel diritto amministrativo o nel diritto costituzionale lo fecero per rivendicarne la specificità rispetto ad altre discipline e per indicare che l'opera è volta ad individuare gli elementi base della disciplina specifica e gli assunti di carattere generale che in questa trovano un terreno fertile per essere affermati e verificati.

Il termine principi, nell'intitolazione di questo testo, va inteso come "chiavi di lettura" e va distinto dal significato che ha nella parte relativa alle fonti, nella quale i principi sono i valori fondamentali, di vertice dell'ordinamento che sono assunti come fonti normative.

La doppia accezione con la quale si usa il termine principi avrebbe dovuto indurre, come qualcuno ha suggerito, ad attribuire un diverso nome al titolo del lavoro (ad esempio, fondamenti, categorie fondamentali, invarianti, basi), ma si è scelto di mantenere l'intitolazione utilizzata dai padri della scienza del diritto amministrativo, come segno di rispetto verso una tradizione che deve essere ripresa.

Il primo testo così intitolato è considerato l'inizio della scienza del diritto amministrativo in Italia: G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Firenze, 1844. I primi testi che contengono già un'impostazione scientifica strutturata sono quelli di V.E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo* (Firenze, 1891) e di Santi Romano, *Principi di diritto amministrativo* (Firenze, 1901).

Di particolare rilievo scientifico, in seguito, i *Principi* di D. Donati (Padova, 1932) e di G. Miele (Padova, 1953).

Non si può fare un confronto con i titoli che sono stati dati dagli autori di altri paesi, per i diversi significati che sono stati dati ai termini (in Francia v. M. Hauriou, *Precis de droit administratif*, Paris, 1892). In Spagna il termine *Principios* viene utilizzato per indicare i testi che contengono le informazioni essenziali; esattamente il *Curso de Derecho administrativo* di E. García de Enterría (1974) è stato tradotto in italiano con il titolo *Principi di diritto amministrativo* (Milano, 1983).

L'esposizione chiara ed esauriente dei principi intesi come chiavi di lettura, che servì a una prima enucleazione dei caratteri specifici della disciplina, assume oggi, nell'evoluzione tumultuosa dell'ordinamento, una nuova importanza, sia didattica che scientifica.

L'obiettivo del lavoro è ambizioso. Avrà comunque già un risultato positivo se contribuirà a sollecitare i giovani a cercare nuove risposte e indurrà gli studiosi a riprendere tematiche fondamentali. Ciò giustifica, ritengo, il tono un po' apodittico e a volte pretenzioso.

Ringrazio gli studenti e gli studiosi che mi hanno aiutato discutendo con me una prima edizione. Molto puntuali e utili sono state le indicazioni che mi sono state fornite, oltre che da Aretta Benedetti e Alessandra Pioggia, da Marcos Almeida Cerreida, Antonio Bartolini, Maria de Benedetto, Francesco de Leonardis, Giacinto della Cananea, Giuliano Gruner, Leonardo Ferrara, Francesco Fonderico, Nicoletta Rangone, Mauro Renna, Fabio Saitta, Aldo Sandulli, Girolamo Scullo.

Un ringraziamento va ai giovani studiosi che, insieme a Federico Dinelli, hanno collaborato alle precedenti edizioni del libro: Giovanni Caruso, Andrea Farì, Eugenio Fidelbo, Francesco Grassi, Emanuele Guarna Assanti, Omar Hagi, Danilo Pappano.

Un ringraziamento particolare a Federico Dinelli, che ha curato questa quarta edizione, e a Danilo Pappano, per il glossario delle nuove definizioni.

L'introduzione alla lettura non sarebbe stata scritta senza la collaborazione di Danilo Pappano e le importanti osservazioni di Carlo Marzuoli.

Ringrazio anche, per le osservazioni alla introduzione, Girolamo Scullo e Pier Luigi Portaluri.

## **Avvertenza sulla bibliografia**

Vengono riportate alla fine di ogni capitolo le opere citate nel testo. Quando l'edizione citata (ad es. la traduzione in italiano) è di molto successiva alla prima edizione, si riporta tra parentesi anche la data di questa, per segnalare il periodo in cui l'opera è stata elaborata.

Le pagine sono indicate solo quando l'opera è pubblicata in riviste. Se l'opera è già stata citata si indica il luogo della prima citazione.

Mi scuso con gli autori, presenti e passati, che meriterebbero una citazione, ma le caratteristiche del lavoro impediscono di appesantirlo eccessivamente di bibliografia.



## CAPITOLO I

# Diritto amministrativo: poteri e interessi a soddisfazione necessaria

## I. Potere amministrativo e tutela degli interessi

### I.1. Necessità, funzione e giuridicizzazione del potere

Sono coesenziali a ogni sistema giuridico quei settori del diritto che regolano i rapporti base del vivere sociale. In ogni epoca storica, da quando i rapporti sono stati retti secondo parametri giuridici, i sistemi giuridici hanno compreso un diritto privato, per dare certezza alle relazioni interprivate, un diritto penale, *ne cives ad armas veniant*, e un diritto pubblico inteso come disciplina degli organi di vertice (“costituzionali”, secondo il linguaggio attuale).

Finché le funzioni dei pubblici poteri erano limitate (riguardavano il funzionamento della vita collettiva) e il rapporto con i singoli non era regolato dal diritto, mancavano i presupposti per l’esistenza di un diritto amministrativo.

Quando l’evoluzione degli ordinamenti ha conferito carattere giuridico alle manifestazioni dell’esercizio del potere pubblico e ha posto fra le sue finalità anche il benessere della popolazione, si è formato, nei paesi dell’Europa continentale, il diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo è infatti il settore del diritto che riguarda:

il diritto  
amministrativo

- a) la giuridicizzazione del pubblico potere;
- b) la soddisfazione degli interessi a protezione necessaria.

I due profili sono interconnessi perché i poteri esistono per soddisfare gli interessi e gli interessi sono a soddisfazione necessaria solo in quanto esistono poteri e organizzazioni in grado di soddisfarli.

Il diritto amministrativo è una disciplina recente, perché recente è il processo di giuridicizzazione del potere e ancor più quello della soddisfazione degli interessi a protezione necessaria.

Per chi vive nel mondo contemporaneo nel quale l'esercizio del pubblico potere in assenza di regole è ormai diventato un'eccezione, è difficile capire l'importanza della giuridicizzazione del potere, che è stata invece il risultato di lotte cruenti. La stessa esistenza di un "diritto pubblico" riferito ai rapporti fra lo stato e i cittadini è una conquista recente. Anche gli studiosi non ne hanno sempre una piena consapevolezza.

Vi è stato un periodo storico nel quale era assente anche il diritto pubblico essendo gli ordinamenti basati sulla proprietà della terra (l'unica fonte di produzione e alimentazione) dalla quale scaturivano i poteri di comando, frutto di una contrattazione privata (M. Bloch<sup>1</sup>): nel periodo medievale la società era totalmente retta dal diritto privato, il potere che oggi è definito "pubblico" era un potere "domestico", fondato sulla proprietà dei beni e su accordi formalmente liberi ma che comportavano rapporti di subordinazione fra le persone (E. Fortshoff<sup>2</sup>, J.M. Kelly<sup>3</sup>, L. Manori<sup>4</sup> e vari altri).

Le poche funzioni che ora sono tipiche degli enti territoriali (assistenza, sanità, istruzione, miglioramento della produzione) furono svolte dai conventi e, già nel XII secolo, dalle organizzazioni territoriali della Chiesa: parrocchie e diocesi; le confraternite religiose provvedevano a funzioni che oggi sono considerate di interesse generale, come quelle cimiteriali. Ciò spiega perché alcuni autori fanno risalire al diritto canonico le origini del diritto amministrativo (G. Le Bras<sup>5</sup>).

i prodromi

Si è molto discusso in dottrina sulla nascita del diritto amministrativo che alcuni hanno individuato già nel periodo romano o, dopo la parentesi medievale, in quello dello stato assoluto. Negli ordinamenti antichi, a Roma come in Cina e in altri paesi, esistevano apparati amministrativi, ma erano solo strumentali all'esercizio delle funzioni di governo (M.S. Giannini<sup>6</sup>, M. Weber<sup>7</sup>). Le poche funzioni ulteriori, come il fisco e la costruzione di opere pubbliche, potevano porre problemi di tutela contro gli atti delle autorità, ma questi erano risolti dagli organi delle stesse.

Quanto allo stato assoluto, come viene oggi denominato il periodo che va dalla formazione degli stati (1200) alla fine del '600, la configurazione pubblicistica di ogni manifestazione della vita collettiva, la formazione di consistenti apparati amministrativi, l'unificazione della giurisdizione e un sistema di tutele giuridiche, di tipo amministrativo, contro gli atti non del sovrano ma dei suoi funzionari, rendono sostenibile la tesi

che vi si siano formati quanto meno i prodromi del diritto amministrativo (A. de Tocqueville<sup>8</sup>, J.L. Mestre<sup>9</sup>, L. Mannori e B. Sordi<sup>10</sup>). Questi si sono rafforzati nel periodo che ha preceduto la formazione degli stati democratici, quando i settecenteschi stati “di polizia” (intesa come gestione della polis) iniziarono ad esercitare compiti di istruzione e di benessere della popolazione, anche per sottrarli alla Chiesa, e venne attribuita ai tribunali una posizione di relativa indipendenza (E. Bussi<sup>11</sup>, G. Astuti<sup>12</sup>).

È diffusa nella dottrina francese, e ha avuto seguito anche in Italia (S. Cassese<sup>13</sup>), la tesi che il diritto amministrativo ha avuto inizio quando il “Tribunal des conflits” francese, con l’arrêt Blanco (1873), decidendo in ordine alla domanda di risarcimento presentata dai genitori di una bambina investita da un furgone dell’Azienda statale dei tabacchi, stabilì che alla responsabilità dello stato e degli agenti pubblici non si applicano le norme del codice civile, traendone la conseguenza che la questione era sottratta alla competenza del giudice ordinario. La tesi, considerata un errore storico da altri autori, anche francesi (P.M. Eisemann<sup>14</sup>), presuppone una concezione del diritto amministrativo come diritto di privilegio della pubblica amministrazione, anziché come diritto volto a eliminare i privilegi non richiesti dalla funzione da assolvere. Se la tesi fosse fondata, implicherebbe la fine della disciplina dopo che si è stabilita l’applicazione alla pubblica amministrazione delle norme civilistiche sulla responsabilità.

la nascita

La vicenda che ha condotto alla giuridicizzazione del potere e quindi alla formazione del diritto amministrativo si è sviluppata, come ogni processo storico, in lunghi e accidentati percorsi diversi nei singoli paesi, con accelerazioni e ritorni. La maturazione dell’idea che il potere è sottoposto al diritto è stata lenta e faticosa, e mai del tutto acquisita. È quindi corretto rilevare che non esiste una data alla quale si possa far risalire la nascita del diritto amministrativo ma, piuttosto, un periodo storico che può essere individuato nella prima metà dell’800.

Non è compito esclusivo del diritto amministrativo porre in termini generali il problema del potere e della tutela degli interessi a protezione necessaria. Questa disciplina, tuttavia, si presta particolarmente allo studio della dinamica dei rapporti fra gli individui e le collettività e consente una verifica del modo reale in cui si assestano storicamente i rapporti, dell’equilibrio che viene dato a bisogni, interessi, doveri e poteri.

### 1.1.1. La necessità del potere e le appartenenze necessarie

La necessità del potere deriva dall'esistenza di interessi che il singolo non può soddisfare da solo e implicano l'appartenenza a collettività organizzate.

le appartenenze  
necessarie

La spiegazione, nel mondo occidentale, risale ad Aristotele che ha chiarito come sia proprio dell'essere umano il far parte di gruppi sociali, perché "si uniscono gli esseri che non sono in grado di esistere separati" (Pol. 2,26) e danno vita a famiglie, villaggi e a città (intese come stati) che si formano quando "si raggiunge il limite dell'autosufficienza completa che rende possibile la vita, anzi una buona vita" (2.30). L'appartenenza a queste collettività è quindi necessaria per la vita stessa (2.30). In presenza di interessi a protezione necessaria vi deve essere una organizzazione idonea a soddisfarli, e questa deve essere dotata di poteri.

essenza  
del potere

Questa constatazione non è controvertibile né storicamente data-ta salvo che nel riferimento allo stato come entità autosufficiente. Il "potere" ha la possibilità di incidere sulle situazioni giuridiche dei singoli soggetti mediante atti unilaterali che possono modificare la sfera giuridica dei soggetti senza il loro consenso, e anche contro la loro volontà.

Sono quindi delle variabili i modi di legittimazione all'esercizio dei poteri, anche se possono essere di importanza fondamentale, come la variabile democratica. Gran parte della scienza giuridica e politologica si è concentrata su queste variabili, spesso sottovalutandone i presupposti o dandoli per scontati.

le ostilità  
al potere

Contro l'idea dell'appartenenza necessaria si sono avute e si hanno una miriade di teorie che, nelle forme più radicali, sono espressione della difficoltà ad accettare la condizione umana.

Molte di queste teorie si spiegano come reazione alle appartenenze obbligate che hanno, ripetutamente e con forme diverse, compreso la libertà: la dipendenza fra le persone nel Medio Evo, le corporazioni nel periodo successivo fino alla rivoluzione francese, quando la legge Le Chapelier (1791) annullò queste forme di appartenenza, dando vita a un sistema politico formalmente fondato sulla libertà e l'uguaglianza ma sostanzialmente espressione degli interessi della sola borghesia. Non a caso la legge Le Chapelier rese illegittimo qualsiasi tipo di associazione, proibendo anche "tutti gli accordi tendenti a rifiutare il proprio lavoro se non a un prezzo determinato" e impedendo



la formazione di sindacati, mentre le classi borghesi si organizzavano con gli ordini professionali e le camere di commercio (G. Rossi<sup>15</sup>).

L'ostilità al potere, nella forma che ha assunto (P. Grossi<sup>16</sup>), indusse a negare la legittimità di ogni forma di potere istituzionalizzato (P.J. Proudon<sup>17</sup>), a promuoverne la distruzione in forma violenta (M. Bakunin<sup>18</sup>) o a teorizzare la fine dello stato, fondato sull'antagonismo di classe (C. Marx<sup>19</sup>, F. Engels<sup>20</sup>) e quindi destinato a scomparire con la scomparsa delle classi sociali.

L'insofferenza per il potere si è manifestata, come è noto, anche nelle concezioni individualiste che, pur non negando la necessità del potere, lo hanno ricondotto a una espressione della libertà dei singoli teorizzandone il fondamento contrattuale (J.J. Rousseau<sup>21</sup>), sempre revocabile e quindi non obbligato, o hanno teorizzato lo "stato minimo": "lo stato deve delimitare la sua attività fin dove gli è possibile e quando ragioni di assoluta necessità non lo impediscano" (W. Von Humboldt<sup>22</sup>). Assumendo che il potere sia contrapposto alla libertà lo si può ammettere solo al minimo indispensabile.

Queste correnti di pensiero, pur avendo perso nel tempo l'impostazione radicale che avevano avuto all'inizio, hanno continuato a riaffiorare (vedi ad es. H.S. Maine<sup>23</sup>, 1909, che ha descritto la storia dell'umanità come il passaggio dagli status – posizioni di appartenenza – al contratto, giungendo a negare ogni effetto giuridico al far parte di una famiglia), fino agli autori contemporanei che, in un contesto di globalizzazione dell'economia, hanno teorizzato la primazia del "mercato" nei confronti dello stato (la tesi è stata per alcuni decenni quella prevalente).

È chiaro che la questione si presta a orientamenti diversi, perché sono diversi gli interessi che vi sono connessi.

Resta comunque non controvertibile, se non su un piano meramente teorico, l'osservazione di Aristotele ed è corretto assumere come base della riflessione sul diritto pubblico, e in particolare sul diritto amministrativo, il dato degli interessi che il singolo non può soddisfare da solo e che implicano l'appartenenza a collettività dotate di poteri. Può essere esatta la considerazione di Einstein<sup>24</sup> che persino l'assunto più elementare contiene in sé, inevitabilmente, una opzione soggettiva, ma una scienza come il diritto, che non ha intenti di speculazione astratta in quanto si limita, e non è poco, a studiare le regole giuridiche dei rapporti fra le persone e fra queste e la collettività, non può considerare arbitraria la constatazione del carattere sociale degli uomini e quindi della necessaria appartenenza ad aggregati sociali, come è confermato del resto dal diritto positivo di ogni paese in ogni epoca storica.

interessi che il  
singolo non può  
soddisfare da  
solo

### 1.1.2. La gradazione delle appartenenze

Le appartenenze sono variabilmente graduate e vanno da forme di necessità assoluta a forme che derivano da libere scelte, sempre più simili al contratto.

Occorre distinguere tra i gruppi sociali quelli che attengono a interessi connessi alle condizioni di vita oggettive o comunque storicamente oggettivate, da quelli che sono rimessi alla volontà dell'individuo, in rapporto ai quali possono formarsi organizzazioni che restano nella disponibilità dei singoli (T. Ascarelli<sup>25</sup>); *gemeinschaft* e *gesellschaft* (F. Tonnies<sup>26</sup>).

L'appartenenza è ineludibile per i profili essenziali che attengono alla vita in comunità, e qui vengono in considerazione le famiglie e gli enti territoriali: la nascita non è un atto voluto e non sono riconducibili ad atti di volontà le conseguenze giuridiche che ne derivano in ordine ai rapporti familiari e all'appartenenza a collettività organizzate che divengono *ipso facto* titolari di doveri e poteri strumentali anzitutto alla tutela della nuova vita. Gli ordinamenti connettono al rapporto familiare una serie di conseguenze giuridiche e tutelano in varia misura i minorenni privi di genitori. Anche l'appartenenza a uno stato è necessaria; il diritto internazionale qualifica come un diritto dell'uomo quello di avere una cittadinanza (art. 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, 1948) e tutela gli apolidi, sancendo una serie di diritti nel periodo necessario per ottenerla (Convenzione di New York, 1954).

Al di là di questi profili, le varianti nel tipo e nel grado di appartenenza sono rimesse ai singoli ordinamenti secondo l'insieme delle condizioni economiche, sociali e culturali che li caratterizzano in un determinato periodo storico.

La progressiva accelerazione della dinamica dei rapporti economici e sociali che si è registrata negli ultimi tempi ha operato nel senso di diminuire le condizioni di appartenenza necessaria, rimuovendo quelle connesse alla fede religiosa (*cuius regio, eius religio*), diminuendo quelle connesse alla vita familiare e all'esercizio delle professioni. Sono aumentati, nel contempo, gli interessi che gli ordinamenti considerano a soddisfazione necessaria e che implicano quindi l'appartenenza a collettività che sono in grado e hanno l'obbligo di soddisfarli: risale a R. von Jhering<sup>27</sup> l'osservazione che "l'uomo dipende dal prossimo per il soddisfacimento dei propri interessi in misura crescente con il crescere degli stessi".

Si tratta di collettività territoriali o anche settoriali, come quelle che organizzano gli sports o forme di assistenza o attività professionali. I modi e i gradi di appartenenza variano nel tempo e nei singoli ordinamenti e comprendono vincoli di appartenenza o solo effetti pre-determinati conseguenti a scelte libere (se esercitare o meno uno sport o una professione) che attengono comunque a interessi essenziali.

Le appartenenze vincolate che, nel contesto dato, non sono necessarie per la tutela degli interessi a soddisfazione necessaria hanno carattere usurpativo delle libertà; le tesi della non necessità di alcuna forma di appartenenza non tengono conto della condizione umana, nella quale interessi essenziali della persona sono soddisfacibili solo attraverso organizzazioni sociali.

## **1.2. La fonte del potere: derivazione dallo stato o dal corpo sociale**

La questione della necessità del potere non va confusa con quella della sua fonte. Chiarito che il potere è necessario ci si deve chiedere da dove esso deriva.

Il problema va qui esaminato con riferimento alla scienza giuridica e in particolare al diritto amministrativo essendo fuori luogo affrontare in questa sede l'intera questione del potere e richiamare la molteplicità delle teorie filosofiche, politologiche e sociologiche che si sono avute al riguardo.

La scienza giuridica ha elaborato due correnti di pensiero che si sono formate nella seconda metà dell'800.

La prima risale agli autori della scuola tedesca di diritto pubblico (C.F. von Gerber<sup>28</sup>, P. Laband<sup>29</sup>, O. Mayer<sup>30</sup>) che ha considerato lo stato come fonte di ogni forma di potere. Il potere dello stato, inteso come persona giuridica, per lungo tempo l'unica persona giuridica pubblica, non risiede più nell'autocrazia del "sovrano" ma ne eredita i caratteri trasferendoli alla "legge", anzitutto alla legge costituzionale, che è considerata la fonte di tutti i diritti e i doveri. Il principio di unità del potere è mantenuto ma se ne modifica la fonte.

il potere deriva dallo stato

La teoria ha rappresentato una importante evoluzione rispetto alle concezioni precedenti (J.L. Carro Fernández Valmayor<sup>31</sup>). La scuola pan-

dettistica di F.C. von Savigny<sup>32</sup> aveva attualizzato le categorie individualistiche del diritto romano e posto al centro della propria elaborazione il concetto di «persona giuridica fittizia» (intendendo che solo per finzione può esistere un soggetto giuridico che non sia il singolo individuo). Partendo da questa impostazione G.F. von Gerber utilizzò il concetto di persona giuridica applicandolo allo stato, facendone «la premessa di ogni costruzione giuridica del diritto pubblico». Il popolo si realizza come soggetto giuridico solo attraverso lo stato. Non è quindi più il principe il detentore della sovranità (M. Nigro<sup>33</sup>), ma lo stato assorbe ogni forma di potere: «cittadini, comuni e territorio sono gli oggetti naturali del potere dello stato, nel dominio dei quali esso manifesta la sua essenza peculiare».

o dai corpi  
sociali

La seconda spiegazione del potere si è sviluppata quasi contemporaneamente, anch'essa in Germania, ad opera di O. von Gierke<sup>34</sup> e della sua scuola: la tesi è che alla base del potere vi è il corpo sociale, ogni corpo sociale.

Il potere deriva quindi, secondo questa impostazione, anche dallo stato, ma lo stato è uno dei corpi sociali e lo sono anche le comunità minori, territoriali e non: i comuni, le associazioni, le famiglie. Gierke rilevò che la teoria gerberiana dello stato ha assunto il potere di questo come un postulato, del quale non ha fornito alcuna spiegazione, perché non ne ha ricercato le ragioni sottostanti. Queste vanno individuate nel carattere associativo dello stato, e più in generale nella realtà delle associazioni, nell'esistenza sostanziale di organismi portatori di finalità che trascendono i fini dei singoli individui.

Di qui la critica di Gierke alla teoria del carattere fittizio della personalità giuridica degli organismi sovra individuali (v. R. Orestano<sup>35</sup>, P. Rescigno<sup>36</sup>, M. Fioravanti<sup>37</sup>, A. Massera<sup>38</sup> e per altri paesi P. Legendre<sup>39</sup>, E. Fortshoff<sup>2</sup>, S.M. Retorillo Baquer<sup>40</sup>). L'importanza del contributo di Gierke fu largamente avvertita in Italia soprattutto dalla dottrina privatistica: così F. Ferrara<sup>41</sup> ha sostenuto che «la dottrina moderna non ha fatto altro che sviluppare ed elaborare il concetto di Gierke<sup>42</sup>, spogliandolo dal velo poetico e trascendente che aveva». A Gierke si deve, ha osservato F. Ferrara, l'elaborazione del concetto di «istituzione», tratto dalla dottrina canonistica e poi largamente utilizzato dalla dottrina pubblicistica; così come verrà utilizzato, e diventerà patrimonio comune della scienza giuridica, il concetto di «organo» e la sottolineatura della differenza tra questa nozione e quella di rappresentanza.

Gierke, riallacciandosi alle correnti di pensiero (G. Althusius<sup>43</sup> e U. Grozio<sup>44</sup>) che nel periodo dell'assolutismo avevano affermato l'autonomia delle diverse espressioni dell'organizzazione sociale, ha sottolineato le implicazioni totalitarie delle concezioni unitarie del potere, pur rimarcando che, all'estremo opposto, l'eccessiva articolazione conduce alla frammentazione delle organizzazioni.

Le due tesi, nella loro formulazione più netta, appaiono in contrasto irriducibile e l'adesione dichiarata o implicita all'una o all'altra si riflette nelle definizioni che si danno dei singoli istituti giuridici.

Così ad esempio, se il potere del comune sia originario o derivi dallo stato, e quindi se la nozione di autonomia indichi un potere proprio di un determinato organismo, al più "riconosciuto", rafforzato e condizionato da un potere superiore, o se le autonomie non possano che derivare da un atto dello stato. Ancora, ad esempio, se la personalità giuridica degli organismi sovraindividuali sia concessa dallo stato o vada intesa come caratteristica intrinseca agli stessi o se il "diritto soggettivo" vada qualificato come un potere "attribuito" dall'ordinamento o semplicemente "riconosciuto" dallo stesso (R. Orestano<sup>35</sup>).

Sono però prevalenti nelle elaborazioni scientifiche, le posizioni intermedie che partono, da un lato, dal presupposto della realtà, pluralità e originarietà dei fenomeni dei gruppi sociali e dall'altro attribuiscono alla legge, alla manifestazione della volontà dello stato, il carattere di fonte di ogni forma di potere giuridico.

le posizioni  
intermedie

Così Santi Romano<sup>45</sup>, la cui opera sull'"*Ordinamento giuridico*" (1917) è considerata dalla scienza giuridica non solo italiana come caposaldo delle teorie pluralistiche, in quanto ha teorizzato la pluralità degli ordinamenti giuridici (v'è un ordinamento giuridico ogni volta che un corpo sociale ha una propria organizzazione e normazione), ha adottato una posizione intermedia: ogni corpo sociale ha un proprio potere che non deriva dallo stato, ma lo stato è un ente unico nella sua specie, qualitativamente diverso dagli altri corpi sociali. Ha osservato esattamente N. Bobbio<sup>46</sup> che Santi Romano fu teoricamente pluralista ma ideologicamente monista. La stessa osservazione si può fare dell'impostazione di M.S. Giannini.

Così, ancora, E. Garcia de Enterría<sup>47</sup>, il caposcuola della attuale scienza del diritto amministrativo in Spagna, dopo aver rilevato l'ispirazione hegeliana sottostante alla teoria della personalità giuridica dello stato ha

criticato la tesi che lo stato ha personalità giuridica, ma l'ha attribuita alla pubblica amministrazione.

### 1.3. Bisogni, interessi, situazioni giuridiche soggettive

Si deve ora definire in modo più esauriente la nozione di “interessi a protezione necessaria”, distinguendola da altre che possono apparire analoghe o simili e che sono, invece, diverse.

La problematica è complessa perché la stessa nozione di “interesse” è fra le più utilizzate dalla scienza giuridica e, insieme, fra le più imprecise (E. Betti<sup>48</sup>, A. Rocco<sup>49</sup>, A. Falzea<sup>50</sup>, L. Bigliuzzi Geri<sup>51</sup>), tanto che le definizioni che se ne sono date dalla scienza giuridica sono più diverse.

le diverse teorie

Fra le definizioni più significative si possono ricordare quelle di R. von Jhering<sup>27</sup>: «l'interesse è la connessione che lega lo scopo al soggetto agente»; di E. Betti<sup>48</sup>: la nozione di interesse ha una “essenza normativa” rispetto alla quale la situazione sostanziale funge da mero supporto; di F. Carnelutti<sup>52</sup>: «l'interesse è una posizione favorevole alla soddisfazione di un bisogno»; di P. Gasparri<sup>53</sup>: «l'interesse è il rapporto che corre fra l'esigenza di un soggetto e gli stati di cose idonei a renderlo soddisfatto o insoddisfatto»; di P.G. Jaeger<sup>54</sup>: «è una relazione tra un soggetto cui fa capo un bisogno e il bene idoneo a soddisfare tale bisogno, determinata da una previsione generale e astratta di una norma».

Le diverse tesi sono ispirate a una concezione soggettiva (è interesse ciò che è avvertito come tale da un soggetto), o a una concezione oggettiva, intesa come oggettiva esistenza dell'interesse sul piano sostanziale (l'interesse è un fatto che prescinde dal “volere”: si può avere un interesse anche senza volerlo) o, ancora, a una concezione normativistica (è la norma che individua gli interessi e quindi, in un certo senso, li determina). Le tesi sottendono diversi modi di concepire il diritto. Al di là di sfumature diverse, si possono raggruppare in:

1. normativiste o sostanzialiste, a seconda che pongano al centro della qualificazione la norma o l'interesse sostanziale;
2. soggettiviste o oggettiviste, a seconda che facciano preminente riferimento al soggetto portatore o all'interesse “oggettivizzato”.

Un approccio che si ponga l'obiettivo di ridurre le implicazioni opinabili, fino a rendere la nozione praticabile, induce ad adottare la nozione di interesse come la «relazione fra un soggetto e un bene» (A. Falzea<sup>50</sup>, S. Pugliatti<sup>55</sup>).

Si può così fare un passo ulteriore distinguendo l'interesse dal bisogno e dalla situazione giuridica soggettiva.

Il "bisogno" è la percezione soggettiva dell'interesse che non è passibile di nessun canone di valutazione. Possono esistere anche bisogni immaginari o che, essendo totalmente rimessi a una dimensione soggettiva, non hanno rilievo giuridico. Così è, ad esempio, il bisogno d'amore.

bisogno

Quanto all'"interesse", è una situazione sostanziale; la relazione fra soggetto e bene è rilevante per il diritto. Così è ad esempio l'interesse a contrattare, ad acquistare un immobile.

interesse

La situazione giuridica soggettiva ha in sé fattispecie sostanziale e qualificazione giuridica intrinsecamente connesse; è un interesse al quale l'ordinamento giuridico conferisce tutela configurandolo come diritto soggettivo o altra situazione protetta.

situazione  
giuridica  
soggettiva

Il fenomeno giuridico, hanno spiegato S. Pugliatti<sup>55</sup> e A. Falzea<sup>50</sup>, è costituito da due ordini di elementi, "elemento formale e elemento sostanziale", i quali nella loro connessione danno vita agli istituti giuridici.

Nel sottolineare la compresenza nel fenomeno giuridico degli elementi formali e materiali questi autori hanno ripreso le tesi di O. von Gierke<sup>42</sup>. La nozione di "rilevanza giuridica" è stata prospettata da B. Donati<sup>56</sup>, e ripresa da A. Falzea e da vari autori.

Va osservato che diverse norme, a partire dalla Costituzione, e i giudici di ogni tipo, fanno largo uso della nozione di interesse, la individuano come presupposto sostanziale di legittimazione e la pongono a parametro della legittimità delle norme e degli atti.

Così nel testo costituzionale, la salute viene qualificata come fondamentale diritto del cittadino e interesse della collettività (art. 32).

Diverse norme del codice civile danno rilevanza agli interessi, individuati per il loro profilo sostanziale, prescindendo da una qualificazione giuridica degli stessi.

L'esistenza dell'interesse sostanziale viene assunta come condizionante il formarsi o il restare in vita della fattispecie giuridica: così, in particolare, i diritti di obbligazione sorgono solo se la prestazione (oltre ad essere suscettibile di valutazione economica) corrisponde a un interesse (anche non patrimoniale) del creditore (art. 1174); come si vede, l'interesse è ben distinto dalla situazione giuridica soggettiva e ne condiziona la nascita.

L'art. 840 c.c. prevede la possibilità che i terzi svolgano attività nel sottosuolo e nello spazio sovrastante, salvo che il proprietario "non abbia interesse ad escluderle"; l'interesse del creditore all'adempimento è assunto come criterio di valutazione dell'eccessività dell'ammontare della penale (art. 1384); è valida la stipulazione di un contratto a favore di terzi "qualora lo stipulante vi abbia interesse" (art. 1411). In altri articoli il riferimento agli interessi viene effettuato con dei rafforzativi: così, le parti possono stipulare contratti atipici "purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (art. 1322, comma 2); è, invece, preso in considerazione l'interesse "apprezzabile" dagli artt. 1379 (per la validità del divieto di alienazione) e dall'art. 1464 (per il recesso in caso di impossibilità parziale dell'adempimento). A fronte di queste disposizioni si sono registrate incertezze nella dottrina e nella giurisprudenza: alcuni orientamenti hanno adottato una impostazione restrittiva facendo coincidere l'interesse preso in considerazione con un diritto soggettivo; altri, e sono decisamente prevalenti, lo hanno assunto nel suo significato sostanziale, prescindendo da ogni qualificazione giuridica. Nello stesso senso è la giurisprudenza della Cassazione.

Come è noto, si contrappongono nella dottrina processualistica due orientamenti: quello del carattere meramente processuale dell'interesse ad agire o quello della sua coincidenza con la situazione giuridica soggettiva che si vuole far valere; per il dibattito v. fra i tanti G. Chioyenda<sup>57</sup>, E. Betti<sup>58</sup>, S. Satta<sup>59</sup>.

Anche la normativa amministrativistica fa spesso riferimento agli interessi come condizionanti la legittimazione di determinati atti del privato nei confronti della pubblica amministrazione: l'art. 22 della l. n. 241/1990 sancisce il "diritto" d'accesso ai documenti amministrativi da parte di "chiunque vi abbia interesse" per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Dopo qualche incertezza è prevalsa in giurisprudenza una interpretazione che vi comprende, oltre ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi, anche gli interessi di mero fatto, purché si tratti di interessi non emulativi e non mossi da mera curiosità (v. fra le tante Cons. Stato, VI, n. 1243/1994, Cons. Stato, IV, n. 98/1996).

interessi  
a protezione  
necessaria

Con il termine "interessi a protezione necessaria" si definiscono quegli interessi che, in un determinato contesto storico, sociale, culturale, economico e politico, le collettività possono e devono necessariamente soddisfare. Sono gli interessi di collettività nel loro insieme (sicurezza, sviluppo, benessere), di gruppi sociali, di singole persone ai quali corrisponde una situazione almeno potenziale di doverosità da parte di pubbliche amministrazioni.