

CAPITOLO I

NOZIONI INTRODUTTIVE

Franco Gaetano Scoca, Mario Rosario Spasiano

SOMMARIO: SEZIONE I - Dati. – 1. La pubblica amministrazione. – 2. L'integrazione amministrativa nell'Unione europea. – 3. L'oggetto e i caratteri del diritto amministrativo. – 4. L'origine del diritto amministrativo. – 5. Le fonti normative. – SEZIONE II - Approfondimenti. – 1. L'interesse pubblico. – 2. Evoluzione della nozione di interesse pubblico. – 3. Interesse pubblico e attività amministrativa. – 4. Le situazioni giuridiche soggettive. – 5. Distinzioni delle situazioni giuridiche soggettive. – 6. Il potere giuridico. La potestà. – 7. Situazioni dinamiche e rapporto giuridico. – 8. L'autonomia privata dell'amministrazione.

SEZIONE I

DATI

1. La pubblica amministrazione

Il complesso degli uffici cui è demandata la cura degli interessi pubblici, e ai quali sono conferiti i relativi doveri e poteri, costituisce ciò che, con espressione riassuntiva, si denomina «pubblica amministrazione».

Descrittivamente, la pubblica amministrazione si articola in *enti territoriali* (Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato: art. 114 Cost.), che costituiscono, per così dire, l'ossatura fondamentale (lo scheletro) dell'apparato amministrativo. Accanto a tali enti, e in diversi modi ad essi collegati, v'è un nutrito numero di altri *enti pubblici c.d. funzionali*, perché finalizzati allo svolgimento di determinate funzioni amministrative.

Vedremo più avanti, quando ci occuperemo del quadro organizzativo della pubblica amministrazione, di approfondire questa iniziale rappresentazione.

In questa sede ci possiamo limitare a verificare quale concezione della pubblica amministrazione si ricava dalla Costituzione.

La dottrina se ne è occupata in più occasioni¹; da rammentare è soprattutto l'in-

¹ Cfr., *infra*, Parte II, Cap. 5.

dagine svolta da Mario Nigro, il quale ha sostenuto che i modelli di amministrazione emergenti dalle diverse norme costituzionali siano tre, e tra loro «disomogenei» e per certi aspetti perfino confliggenti, in nessun modo riducibili ad un modello unico, sia pure articolato: secondo l'illustre Autore, l'amministrazione si presenta, alternativamente, come «*apparato servente del Governo*» (sulla scorta dell'art. 95 Cost.), come «*complesso autocefalo*», non subordinato al potere politico ma regolato direttamente dalla legge (sulla base degli artt. 97 e 98 Cost.), o ancora come «*modello autonomistico e comunitario*» (sulla base dell'art. 5 e degli artt. 114 ss. Cost.)².

Ci sono state altre prese di posizione sul tema³ alle quali, benché rilevanti, non è il caso di accennare in questa sede. Si può soltanto dire che il ventaglio delle opinioni è larghissimo: si va da chi ritiene che la Costituzione si sia astenuta dall'imprimere all'amministrazione un volto preciso⁴, a chi, sul fronte opposto, ritiene che la Costituzione, nel riferirsi all'amministrazione e a ciò che le è proprio (potere autoritativo, attività amministrativa, discrezionalità, procedimento, processo amministrativo, ecc.), sia incorsa in «errori terminologico-concettuali»⁵.

Entrambe queste tesi non sono accoglibili.

Eppure, un modello, uno solo e sufficientemente chiaro, di amministrazione pubblica può ricavarsi dalla Costituzione, ove, seguendo un autorevole insegnamento⁶, non ci si limiti a prendere in considerazione i soli artt. 97 e 98, inseriti nella Sezione espressamente dedicata alla pubblica amministrazione, ma si estenda l'indagine all'intero testo costituzionale, dando il peso che meritano, oltre che all'art. 95, agli articoli relativi ai principi fondamentali.

Un presupposto necessario da cui prendere le mosse è la distinzione, da tempo chiarita dalla dottrina⁷, tra (funzione di) **governo** e (funzione di) **amministrazione**. Si è così operata una scissione fondamentale in quella che, in tempi ormai lontani, veniva denominata *funzione esecutiva*, propria degli organi del Potere esecutivo⁸.

La funzione di governo consiste nella determinazione dell'indirizzo politico-amministrativo, nella individuazione degli obiettivi da raggiungere, nelle scelte strategiche, nonché nella valutazione dei risultati raggiunti. Tale funzione resta affidata agli organi (denominati) di governo, che sono presenti, in virtù del principio autonomistico, in tutti gli enti territoriali (e non più solo a livello del governo dello Stato).

Altra cosa è la funzione amministrativa: essa consiste in una *attività di gestione*,

² M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, pp. 1845 ss.

³ C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, 1988; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, ristampa inalterata, Milano, 2000.

⁴ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.

⁵ U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit.

⁶ C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, cit.

⁷ Si rammenta, ad esempio, il dibattito, svoltosi nel 1888 alla Camera dei deputati sul d.d.l. per la istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

⁸ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pp. 737 ss.

consistente nella cura concreta degli interessi pubblici, ispirata ai principi fondamentali del buon andamento e della imparzialità, e finalizzata al raggiungimento degli obiettivi fissati dagli organi di governo.

Mentre la scelta tra gli obiettivi da raggiungere e quelli da trascurare è effettuata dagli organi di governo, che devono ispirarsi, per il principio democratico, agli orientamenti delle forze di maggioranza, ed ai quali pertanto non può applicarsi il principio di imparzialità⁹; l'azione diretta al raggiungimento degli obiettivi, mediante attività concreta, amministrativa, tecnica e finanziaria, spetta agli organi amministrativi, i quali devono attenersi ai principi di imparzialità e buon andamento, nonché a quelli elencati nella legge sul procedimento o risultanti dalla elaborazione giurisprudenziale.

Occorre tener presente che gli organi di governo dello Stato e delle Regioni esercitano la funzione di governo sia con atti legislativi sia con atti amministrativi; talvolta esercitano anche la funzione amministrativa con atti legislativi e non con atti amministrativi (leggi-provvedimento).

Da quanto detto deriva che: funzione di governo e funzione amministrativa sono profondamente diverse e *rispondono a principi costituzionali diversi*; ciascuna delle due funzioni ha *apparati* ad essa dedicati; l'apparato amministrativo deve (dovrebbe) essere *autonomo* dall'apparato di governo; le relazioni tra i due apparati, proprio per la diversità delle rispettive funzioni, sono improntate a *collaborazione* e non a subordinazione; il personale dell'apparato di governo è (per lo più) di estrazione politica, il personale dell'apparato amministrativo è tecnico (in senso ampio).

L'amministrazione, dal punto di vista soggettivo, può allora essere complessivamente considerata alla stregua di una *articolata struttura tecnica*, autonoma rispetto agli organi (e alla funzione) di governo, ma ad essi collegata.

Mentre dal punto di vista soggettivo gli apparati amministrativi sono molteplici, dal punto di vista oggettivo la funzione amministrativa si presenta in modo unitario, in quanto avente i medesimi contenuti essenziali ed essendo disciplinata nell'identico modo, ossia nel rispetto dei medesimi principi.

Non è di ostacolo alla distinzione, che ha valore fondamentale, tra funzione di governo e funzione amministrativa, la circostanza che gli atti (amministrativi) degli organi di governo sono assimilati, quanto al regime delle impugnazioni, e, in parte, del procedimento, ai provvedimenti amministrativi. Sotto questo profilo, risulta comprensibile che gli atti di governo (o i più rilevanti tra essi) siano anche denominati *atti di alta amministrazione*. Se il loro regime giuridico non è molto dissimile da quello degli atti di amministrazione, diversa ne è la funzione. Assai rari (attualmente, ma non nel passato) sono gli *atti politici*, come tali sottratti al sindacato giudiziale.

Di grande rilievo è la circostanza che il legislatore dei primi anni '90 del secolo scorso si sia orientato esplicitamente verso la *distinzione chiara tra politica e amministrazione*. Su questa base, che rispetta appieno il dettato costituzionale, si può costruire il modello di amministrazione disegnato, o, quanto meno, delineato (o, se si vuole, sottinteso), dall'insieme delle disposizioni costituzionali.

Purtroppo, come già si è detto, la tendenza che il legislatore ha seguito nei primi

⁹ In questo senso, uno spunto in Corte cost., ord. 19 luglio 2000, n. 305. V., *infra*, Parte 6, Cap. 1.

anni '90 del secolo XX si è arrestata bruscamente: separata la politica dall'amministrazione, si sono posti gli organi amministrativi sostanzialmente alle dipendenze degli organi politici, mortificando l'autonomia dei primi, e, di conseguenza l'autonomia della funzione amministrativa. Si pensi, ad esempio, allo *spoils system*, fortunatamente dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost.¹⁰, e, dunque, con il modello costituzionale di amministrazione pubblica quale è stato sopra delineato.

2. *L'integrazione amministrativa nell'Unione europea*

Una ormai consolidata sopravvenienza ha modificato in modo rilevante l'amministrazione pubblica italiana: **l'integrazione europea**.

Essa risale, com'è noto, al Trattato di Roma del 1957. Inizialmente, aveva un ruolo rilevante quasi esclusivamente sul piano normativo (regolamenti e direttive) in settori determinati (e limitati). Nel corso dei decenni, con le modifiche intervenute a più riprese con i Trattati successivi e soprattutto per l'opera «creatrice» della Corte di giustizia europea, la «missione dell'Unione si è estesa anche a funzioni prettamente amministrative».

Cosicché da un lato l'Unione si è dotata di ampi ed articolati apparati amministrativi e, dall'altro, si è andato formando, e si sta vieppiù espandendo, un sistema amministrativo integrato tra Unione e Stati membri, che è stato indicato come «amministrazione comune dell'ordinamento europeo»¹¹.

Il continuo ampliamento dei settori di intervento comunitario (alcuni di competenza esclusiva, altri di competenza concorrente con quella degli Stati) ha comportato un rilevante ampliamento della organizzazione amministrativa comunitaria, la quale peraltro si è evoluta senza un preciso modello organico. Essa fa capo non solo alla *Commissione* ma anche al *Consiglio* (dei ministri) e al *Parlamento* europeo, e si articola in uffici interni (o diretti) di tali organi di vertice e in una serie numerosa di comitati, agenzie e altre strutture organizzative aventi diversi rapporti di dipendenza/autonomia rispetto agli stessi organi fondamentali.

Anche sulla base della competenza dell'Unione a svolgere «azioni intese a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri»¹², e a causa del dovere di leale cooperazione degli Stati¹³, si sono creati organismi di raccordo tra plessi organizzativi comunitari e plessi organizzativi statali, tali da far pensare, almeno per alcuni settori, ad un *sistema organizzativo integrato*¹⁴.

¹⁰ Corte cost., sent. 23 marzo 2007, nn. 103 e 104.

¹¹ In questo senso, M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI e G. GRECO, tomo I, Milano, 2007, p. 416.

¹² Art. 6 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea.

¹³ Art. 4 del Trattato dell'Unione europea.

¹⁴ Ad esempio, con il regolamento CE n. 713/2009 del 13 luglio 2009, del Parlamento europeo e del Consiglio, è stata istituita l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER), con il compito di aiutare a garantire il corretto funzionamento del mercato unico europeo del

Nello svolgimento dell'azione amministrativa è frequente che funzioni, già proprie dell'amministrazione nazionale, siano state trasferite agli organi dell'Unione europea, cosicché, per le materie di competenza comunitaria e di competenza concorrente (che, entrambe, si vanno viepiù accrescendo), le amministrazioni centrali (ma anche regionali) italiane, da un lato, operino per la preparazione istruttoria delle decisioni comunitarie, rappresentando gli interessi italiani (c.d. *fase ascendente*), e, dall'altro lato, si occupino della attuazione o esecuzione nell'ordinamento interno delle decisioni assunte in sede europea (c.d. *fase discendente*).

Va anche segnalato che molte attività, rimaste proprie delle amministrazioni interne, sono soggette a discipline comunitarie o di origine comunitaria. Per un esempio probante si può fare riferimento alla disciplina dei contratti di appalto delle amministrazioni pubbliche (e di organismi privati che siano equiparati alle amministrazioni pubbliche), che, pur essendo contenuta in testi normativi nazionali¹⁵, è ispirata profondamente da direttive comunitarie.

Più in generale, si può dire che l'Unione europea ha influito decisamente sull'impostazione della politica economica nazionale, indirizzandola verso un sistema liberale, e consentendo così il superamento (parziale) del precedente sistema c.d. di economia mista (pubblico-privata).

3. *L'oggetto e i caratteri del diritto amministrativo*

Come per ogni branca del diritto, anche per il diritto amministrativo occorre distinguere tra il profilo *oggettivo* (o normativo), ossia il sistema di principi e di regole riguardanti un aspetto della realtà sociale, e il profilo *scientifico*, ossia lo studio di quel sistema normativo e del modo della sua concreta applicazione.

Sotto il profilo oggettivo il diritto amministrativo è la *branca del diritto pubblico* avente ad oggetto il modo di essere dell'apparato preposto all'esercizio di funzioni amministrative (profilo della *organizzazione amministrativa*), il modo di svolgimento di tali funzioni (profilo dell'*attività amministrativa*) e gli strumenti di tutela nei confronti dello scorretto svolgimento di tali funzioni (profilo della *giustizia amministrativa*).

Più in dettaglio, va considerato che negli ordinamenti giuridici moderni, soprattutto in seguito all'affermazione concreta, ossia tradotta sul piano costituzionale, del *principio della separazione dei poteri*, affermatasi dopo la Rivoluzione Francese della fine del secolo XVIII, l'indistinto potere (del) sovrano si è frazionato nei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario; e le Costituzioni liberali hanno tenuto ferma ed hanno approfondito la separazione tra i suddetti poteri.

Nei sistemi costituzionali attuali, la funzione esecutiva, l'ultima ad essere riservata al sovrano, si è articolata nella funzione di governo ed in quella propriamente amministrativa.

Quest'ultima non è più definibile come funzione di semplice applicazione della leg-

gas e dell'energia elettrica, assistendo le autorità nazionali di regolamentazione nell'esecuzione delle loro funzioni normative a livello europeo e, ove opportuno, coordinandone i lavori.

¹⁵ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

ge e va considerata come *attività di individuazione e realizzazione degli interessi pubblici*, ossia degli interessi della comunità sociale di riferimento.

Per provvedere all'esercizio di tale funzione è necessario un apparato organizzativo, che è tanto più complesso quanto più numerosi sono gli interessi considerati pubblici da curare e portare a soddisfazione.

Lo svolgimento della funzione amministrativa interessa direttamente i componenti della comunità di riferimento, ossia le persone fisiche e giuridiche che sono coinvolte: l'azione dell'amministrazione pubblica può avere conseguenze favorevoli (determinando l'aumento del loro patrimonio giuridico) o sfavorevoli (determinando il depauperamento del loro patrimonio).

In questa seconda ipotesi possono nascere controversie tra l'amministrazione, che svolge la sua funzione, e coloro che la subiscono: l'ordinamento prevede forme di tutela giurisdizionale appropriate, diverse da quelle proprie delle controversie tra privati.

Sotto il profilo scientifico, il diritto amministrativo è la scienza che studia l'amministrazione pubblica e il suo modo di operare.

L'*autonomia* del diritto amministrativo deriva dalla sua differenza con il diritto privato (diritto comune): diversi sono i principi cui esso si ispira, diverse sono le situazioni giuridiche soggettive che caratterizzano i rapporti giuridici (che corrono tra l'amministrazione pubblica e i privati cittadini), diversi sono i mezzi di tutela nei confronti dell'amministrazione.

4. L'origine del diritto amministrativo

Non bisogna confondere l'*origine* del diritto amministrativo inteso come *sistema delle regole* sull'apparato e la funzione esecutiva (e poi amministrativa) con la *nascita della scienza* del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo come sistema normativo risale al tempo in cui si sono formate comunità sociali organizzate, dato che esse comportano necessariamente la presenza di interessi dell'intera comunità, in possibile contrasto con interessi di singoli membri della stessa comunità.

L'apprezzamento e la cura degli interessi pubblici comporta la creazione di centri organizzativi dedicati e l'instaurarsi di rapporti tra tali centri e i componenti della comunità (rapporti, per così dire, verticali).

Si può discutere se la disciplina giuridica di questi rapporti possa essere definita, nelle varie epoche storiche, come disciplina di diritto amministrativo, nel senso che a tale espressione viene dato attualmente: potrebbe essersi trattato di indistinta disciplina di diritto pubblico (come nell'esperienza del diritto romano classico), o di disciplina di poteri di supremazia fondati su istituti di diritto privato (come il potere dominicale nella esperienza feudale), o ancora di disciplina indistinta delle funzioni amministrative e giurisdizionali (come nell'esperienza dei Parlamenti della Francia pre-rivoluzionaria), o infine come disciplina mista di diritto costituzionale e di diritto privato (come si ritiene generalmente per gli ordinamenti giuridici di stampo anglosassone, come si presentavano fino ad anni recenti); ma non è dubbio che essa si è sempre distinta (almeno

in parte) dalla disciplina dei rapporti tra i membri della comunità (rapporti, per così dire, orizzontali)¹⁶.

Diversa, ed assai più recente, è la nascita della *scienza* del diritto amministrativo. Riprendendo l'opinione dei giuristi francesi, si ritiene generalmente che tale scienza sia nata come conseguenza della Rivoluzione Francese, ossia quando le funzioni sovrane sono state caratterizzate in senso differenziale e sono state tenute separate, e quando i componenti della comunità hanno ottenuto i mezzi giuridici per opporsi al depauperamento del loro patrimonio giuridico, provocato dall'azione (se illegittima) dell'apparato pubblico¹⁷.

Questa opinione, benché molto diffusa, sarebbe da verificare. Essa contrasta, ad esempio, con l'opinione dei giuristi spagnoli, che fanno risalire la nascita della scienza di diritto amministrativo ad epoche anteriori. Anche in alcuni dei nostri Stati preunitari sono ravvisabili studi sugli apparati amministrativi e sui rapporti tra tali apparati e i privati molto risalenti. È doveroso rammentare quanto meno l'enciclopedico Gian Domenico Romagnosi, che scrisse un piccolo ma prezioso volumetto sui *Principi fondamentali del diritto amministrativo*, nel 1814, al tramonto del napoleonico Regno d'Italia; e, a Napoli, Giovanni Manna che, negli anni '40 del XIX secolo, pubblicò un trattato in tre volumi su *Il diritto amministrativo del regno delle Due Sicilie. Saggio teoretico, storico e positivo*. Ma non è questa la sede per approfondire il controverso tema.

Occorre invece procedere alla illustrazione del sistema italiano attuale, con qualche attenzione al modo in cui esso si è formato dall'Unità in poi, quando il modello dello Stato di diritto si era già affermato.

5. Le fonti normative

L'organizzazione e le funzioni amministrative necessitano di una propria disciplina giuridica: il tema delle fonti è il tema degli atti normativi con i quali viene creata tale disciplina.

La Costituzione stabilisce che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge» (art. 97, comma 2), ponendo in tal modo una *riserva relativa* di legge, la quale, pur riferendosi espressamente soltanto all'organizzazione degli uffici, è stata interpretata in modo estensivo. Essa, cioè, riguarda tutti gli aspetti della pubblica amministrazione e, in particolare, l'attività amministrativa¹⁸. Per la giustizia amministrativa vale la riserva di legge di cui all'art. 101 Cost.

Gli atti-fonte (di disciplina) sono gli stessi delle altre branche del diritto: oltre alla Costituzione, i Trattati comunitari, le altre fonti comunitarie (regolamenti, direttive, ecc.), le leggi (statali e regionali), i regolamenti¹⁹. La disciplina comunitaria o di origi-

¹⁶ M.S. GIANNINI, voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 859.

¹⁷ M.S. GIANNINI, voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 855; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, pp. 277 ss.

¹⁸ Per la giustizia amministrativa la riserva è assoluta, in base all'art. 101 Cost.

¹⁹ Si possono aggiungere le fonti interne ai singoli enti o a singole strutture amministrative: gli statuti, i regolamenti interni.

ne comunitaria diventa sempre più consistente e riguarda non solo singole materie (ad esempio, i contratti dell'amministrazione), ma anche i principi di fondo (si pensi al principio di proporzionalità o al principio di precauzione), nonché la c.d. clausola di flessibilità (art. 352 TFUE), sulla base della quale è stata legittimata l'azione dell'Unione in diversi settori (quali la politica regionale e dell'ambiente, la politica industriale e del consumatore, la politica energetica e del turismo) in ordine ai quali i Trattati non le attribuivano una specifica competenza *ex art. 5, parr. 1 e 2, TUE* (che disciplina il principio di attribuzione)²⁰.

La validità delle leggi può essere valutata in più modi: l'eventuale contrasto con le *disposizioni costituzionali* va valutato e deciso dalla Corte costituzionale; l'eventuale contrasto con *disposizioni comunitarie* comporta invece la loro disapplicazione; l'eventuale contrasto con la *Convenzione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, va apprezzato, secondo l'attuale (ma non unanimemente condiviso) orientamento della Corte costituzionale, dalla Corte costituzionale medesima.

I regolamenti, intesi come fattispecie, sono *atti amministrativi*, anche se hanno un contenuto normativo; pertanto, ove vengano ritenuti illegittimi, possono essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo.

Sono sempre più numerose le "fonti" non vincolanti (*soft law*), almeno per i terzi: linee-guida, circolari, direttive, ecc.

La disciplina di diritto amministrativo risponde al fondamentale **principio di legalità**, nel senso che l'organizzazione e l'attività delle amministrazioni devono risultare conformi alle leggi e alle altre fonti normative ammesse.

Il principio di legalità può essere inteso in senso *formale*: è sufficiente che l'atto-fonte preveda (o autorizzi) l'atto dell'amministrazione e, quindi, le conferisca il potere di compierlo. Può, inoltre, essere inteso in senso *sostanziale*: in questo caso l'atto-fonte, oltre ad autorizzare l'atto dell'amministrazione, ne deve dettare anche la disciplina sostanziale, vincolandone in tutto o in parte i presupposti e il contenuto.

Poiché il tema delle fonti è comune a tutte le branche del diritto, e viene illustrato nei corsi di diritto costituzionale e di diritto privato, non sembra utile scendere nell'esposizione dei caratteri delle diverse fonti.

Si rammenta soltanto che i rapporti tra le fonti rispondono ai criteri della *gerarchia* e della *competenza*: il primo basato sul diverso *valore* e la diversa *forza* delle singole fonti²¹; il secondo sulla distinzione degli *organi* cui è affidata, in modo esclusivo o concorrente, il potere di porle in essere.

²⁰ Si veda, in merito, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, pp. 95-96.

²¹ Vedi, *amplius*, R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, n. 1, pp. 463 ss.

SEZIONE II

APPROFONDIMENTI

1. *L'interesse pubblico*

Va subito sottolineato che l'interesse pubblico individua una nozione polimorfa e può essere rappresentato – come efficacemente rilevato da M.S. Giannini – alla stregua di «un personaggio (...) in nome del quale se ne combinano di ogni genere»²².

La dottrina politica di Platone individuava nell'interesse pubblico un interesse trascendente gli interessi particolari, per ciò solo destinato a prevalere su qualsiasi situazione giuridica soggettiva (privata) coinvolta nella fase della sua attuazione. In quella concezione, l'interesse comune dei cittadini, una volta definito, si distacca dagli interessi particolari, per assurgere appunto al rango di interesse pubblico. In quanto tale, esso è capace di imporsi unilateralmente, difeso e garantito dalla insindacabilità dell'utilizzo del potere, che può essere verificato solo sotto il profilo della conformità del suo esercizio alle regole che ne disciplinano le modalità attuative, per lo più consistenti in disposizioni di attribuzione di competenze in capo ai diversi organi. Il merito delle scelte resta sottratto alla valutazione di qualsiasi giudice, al pari delle scelte generali ricadenti sull'intera comunità sottostante. *L'interesse della polis* nel suo insieme, incarnato nell'autorità, in ogni caso prevale, in assenza di qualsiasi possibilità di sindacato se non in termini di giudizio politico rimesso al corpo elettorale.

Profondamente diversa la concezione aristotelica dell'interesse pubblico: la *polis* è il frutto di un'idea di equilibrio, di riconoscimento di pluralità di interessi e di permanente considerazione della comunità. La città aristotelica, insomma, riconosce le differenze e l'interesse comune non si oppone agli interessi particolari, ma è frutto di un loro dinamico e costante equilibrio. Peraltro, in quella concezione l'individuo assume il rango di persona i cui interessi, provenienti da una comune ragione universale, sono per ciò essi stessi degni della massima considerazione.

Anche nel pensiero giuridico-istituzionale dell'età romana, Cicerone riconosce che la cosa pubblica incarna l'interesse del popolo, non della Repubblica. Da qui l'esigenza di un accordo tra i cittadini, patto necessario e consequenziale all'aspirazione di un vivere comune regolando i rapporti reciproci in modo pacifico e proficuo.

²² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 108.

Già nel 1931, E. PRESUTTI (*Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Messina, 1931, p. 47) aveva qualificato l'interesse pubblico come «un poliedro a molteplici facce, delle quali l'una è indubbiamente rappresentata da quell'interesse a limitare, costringere o annullare diritti e interessi dei privati per quel tanto strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse della comunità». Di «formula in bianco storicamente adoperata per coprire le realtà più disparate e a volte più lontane da quel significato letterale che pure essa rappresenta», a proposito di interesse pubblico, scrisse V. SPAGNUOLO VIGORITA, nel saggio *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 631. In seguito F. LEVI (*L'attività conoscitiva della p.a.*, Torino, 1967, p. 307) avrebbe rilevato, invece, il duplice fenomeno di mitizzazione e di strumentalizzazione dell'interesse pubblico, al fine di legittimare, di volta in volta, i più diversi comportamenti amministrativi.

Ad ogni buon conto, è facile rilevare come nel pensiero di Platone e di Aristotele già si delineino le due differenti concezioni che avranno nel corso della storia uno sviluppo significativo nell'ambito del processo di evoluzione dell'interesse pubblico.

Il pensiero di San Tommaso d'Aquino (XIII sec.) affonda, infatti, le sue basi nella concezione aristotelica della organizzazione pubblica. La relazione tra individuo e società si risolve in termini di ricomprensione del primo nella seconda, tuttavia, giammai prefigurando un rapporto di assorbimento o di dissolvimento in essa. In questa prospettiva, lo Stato non può giungere a sopprimere libertà e diritti individuali, ma ha il compito precipuo di sforzarsi di operare nella ricerca della giustizia sociale.

2. Evoluzione della nozione di interesse pubblico

Nei secoli XVI e XVII il concetto di interesse pubblico comincia sempre più a identificarsi con quello dello Stato, depositario esclusivo del bene comune, in una prospettiva di tipo trascendente. Machiavelli, Bodin, poi Hobbes e Locke sono tra i filosofi che più di altri offrono testimonianza di una concezione in cui lo Stato, tutore monopolista degli interessi sovraindividuali, attua i suoi compiti attraverso l'esercizio di un potere superiore, in quanto tale insindacabile dal popolo. In questa prospettiva, lo Stato (il re) è il suo unico depositario e il bene pubblico diviene un'arma al servizio dell'assolutismo.

È la «ragione di Stato» a produrre la statalizzazione del bene comune, la sua assoluta razionalizzazione che lo induce ulteriormente ad accompagnarsi, nel corso del successivo XVIII secolo, ad una concezione di impenetrabilità del potere (il re, realizzatore unico del bene comune e *legibus solutus*) sorretta dall'opera di Hobbes e Locke.

Per Hobbes, infatti, interessi individuali e interesse pubblico presentano natura diversa. I primi hanno carattere naturale, l'altro carattere razionale e artificiale. Dalla circostanza che, sulla base di un contratto (patto sociale), gli individui hanno costituito un potere superiore in vista del conseguimento di interessi generali, altrimenti irrealizzabili, deriva per ciò stesso che il potere assoluto non è mai arbitrario, ma rinviene la sua legittimazione in quella «delega» sottoscritta da ciascun individuo appartenente alla collettività sottostante. Da tanto, Locke, al contrario di Hobbes, trae peraltro anche il limite del potere, consistente proprio nel contenuto della delega e solo in quello.

Con Rousseau (prima parte del XVIII sec.) il drastico processo di allontanamento dall'idea di potere pubblico quale strumento di ricerca armonica di un equilibrio fra interessi individuali, frutto della concezione trascendente, subisce un arresto. Nella sua prospettiva l'interesse comune scaturisce proprio dagli interessi particolari o, per meglio dire, da quegli elementi che questi ultimi condividono. L'interesse comune, insomma, è immanente agli interessi particolari, benché il suo oggetto presenti una differente natura rispetto ad essi, in quanto frutto, appunto, della volontà generale. Quest'ultima, dal canto suo, possiede carattere assoluto in quanto per la sua realizzazione necessita della istituzione da parte di un potere centrale forte, capace di imporsi agli interessi particolari dei corpi intermedi che, evidentemente, rappresentano e tutelano interessi di gruppi.

La prospettazione di Rousseau subisce un grave arresto con la Rivoluzione Francese (1789) che, con l'intento di distruggere gli interessi particolari a carattere locale, municipale e provinciale onde pervenire all'unità civile, incrementa il fenomeno di centra-