

C. Cacciavillani, D. D'Orsogna, M. D'Orsogna, F. Figorilli
E. Follieri, L. Giani, M. Immordino, N. Paolantonio, A. Police
F.G. Scoca, S.S. Scoca, M.R. Spasiano, F. Vetrò, A. Zito

Diritto amministrativo

a cura di

Franco Gaetano Scoca



SETTIMA EDIZIONE



Giappichelli

Parte 1

Amministrazione e cittadino

Capitolo 1

Nozioni introduttive

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, costituiscono 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'indagine 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

¹ Cfr., *infra*, Parte II, Cap. 5.

pure articolato: secondo l'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 (atto amministrativo, 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 dottrina, 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 esecutivo⁷.

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, consistente nella cura concreta degli interessi pubblici, ispirata ai principi 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

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

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 imparzialità⁸; 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.

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 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 essa 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.

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 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 *spoil system*, fortunatamente

⁸ In questo senso, uno spunto in Corte cost., ord. 19 luglio 2000, n. 305. V., *infra*, Parte 6, Cap. 1.

dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost.⁹, 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»¹⁰.

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»¹¹, e a causa del dovere di leale cooperazione degli Stati¹², 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*¹³.

Nello svolgimento dell'azione amministrativa è frequente che funzioni, già proprie dell'amministrazione nazionale, siano state trasferite agli organi dell'Unione europea,

⁹ Corte cost., sent. 23 marzo 2007, nn. 103 e 104.

¹⁰ 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.

¹¹ Art. 6 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea.

¹² Art. 4 del Trattato dell'Unione europea.

¹³ 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 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.

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 nazionali¹⁴, 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*, in seguito alla 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 legge 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 organizzati-

¹⁴ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

vo, 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 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)¹⁵.

¹⁵ M.S. GIANNINI, voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 859.

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 con la 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 pubblico¹⁶.

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. Ma non è questa la sede per prendere posizione sul 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 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 amministrativa¹⁷. 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 regolamenti¹⁸. La disciplina comunitaria o di origine 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

¹⁶ M.S. GIANNINI, voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 855; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, pp. 277 ss.

¹⁷ Per la giustizia amministrativa la riserva è assoluta in base all'art. 101 Cost.

¹⁸ Si possono aggiungere le fonti interne ai singoli enti o a singole strutture amministrative: gli statuti, i regolamenti interni.

Trattati non le attribuivano una specifica competenza *ex art. 5, parr. 1 e 2, TUE* (che disciplina il principio di attribuzione)¹⁹.

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.

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 alla 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 fonti; il secondo sulla distinzione degli *organi* cui è affidata, in modo esclusivo o concorrente, il potere di porle in essere.

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»²⁰.

¹⁹ Si veda, in merito, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, pp. 95-96.

²⁰ 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

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 stesso 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.

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.

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.

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 rinvia 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 prospettiva 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 centralizzazione già avviato dalla monarchia, ampliando i compiti dello Stato e, di conseguenza, il numero dei suoi funzionari. Una simile operazione è stata successivamente rafforzata da Napoleone Bonaparte.

D'altronde, la progressiva affermazione della c.d. classe borghese conduce alla individuazione di nuovi interessi comuni a gruppi più o meno estesi, ma non ricomprendenti l'intera collettività, che talvolta si contrappongono all'interesse generale.

Tali interessi, per la forza della rappresentanza che li sostiene, sono tuttavia in grado di ergersi a interessi pubblici sino a divenire oggetto di considerazione di governo pubblico.

Alla fine del XVIII secolo è, peraltro, la nozione di *volontà nazionale* ad assumere un ruolo centrale, unitamente all'affermazione del concetto di *Nazione*, concepita come idea etica atta a prevalere su quella degli individui che la compongono. In questa realtà, mentre la volontà generale è espressione del popolo che la manifesta attraverso un processo dinamico al quale tutti partecipano, la volontà nazionale assume ancora una volta carattere trascendente e appartiene al popolo come entità distinta dai singoli soggetti che lo compongono. La volontà nazionale esiste di per sé e si esprime unicamente mediante i rappresentanti del popolo.

La Rivoluzione francese prospetta l'idea di interesse generale che richiama direttamente quella di Stato, unico strumento di sua realizzazione²¹. Interesse generale e interesse nazionale sono indissolubili e al popolo in quanto tale non è dato contribuire direttamente alla formazione dell'interesse generale, né sindacarne le forme attuative. L'interesse generale come definito dalle leggi costituisce l'unico limite all'esercizio del potere pubblico ed è al tempo stesso l'elemento fondante dell'autorità statale.

È proprio su questi fondamenti che, nel 1821, Hegel riafferma che lo Stato è l'ente supremo di realizzazione dell'interesse generale. Emerge qui in misura evidente il suo senso di ammirazione per Napoleone Bonaparte, ritenuto il continuatore dell'idea della Rivoluzione francese: al principio di razionalità e di centralizzazione del potere (munito di un corpo di funzionari competenti al servizio del bene pubblico) egli aggiunge «il pezzo mancante», ossia lo Stato riceve la sua forza dalla sua stessa ragion d'essere e, pertanto, non può essere sottoposto a forme di sindacato.

Tuttavia nel 1843 Marx, nel confrontare la burocrazia prefigurata da Hegel con quella effettivamente esistente in Germania in quegli anni, pone in luce quello che a lui sembra un grave errore di prospettazione. Nella burocrazia reale, a suo avviso, si insinuano in modo più o meno occulto elementi che, con la pretesa di difendere l'interesse generale, difendono piuttosto interessi di parte. In tal modo, la burocrazia diviene uno Stato nello Stato; è – come egli afferma – lo Stato che si fa «società civile borghese»: nel difendere i suoi interessi corporativi, la burocrazia finisce col difendere anche gli interessi delle classi di potere che si sono appropriate dello Stato. È solo il proletariato la classe che ha la possibilità di realizzare la riconciliazione universale dell'uomo. L'interesse generale presuppone, dunque, l'eliminazione della divisione in classi della società, mentre lo Stato borghese maschera interessi individuali o, comunque, corporativi ergendoli a interessi generali che divengono interessi dello Stato, così legittimando di fatto la dominazione di classe.

La critica marxista produce una profonda destabilizzazione del concetto di inte-

²¹ L'inerenza pressoché esclusiva dell'interesse pubblico al soggetto Stato è analizzata ampiamente da G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, pp. 22 ss.; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, 1947, p. 315. L'esigenza di elaborazioni extra-giuridiche del concetto di interesse pubblico è in F. LEVI, *L'attività conoscitiva della p.a.*, cit., pp. 307 ss.

resse generale e la stessa ideologia liberale è costretta ad ammettere la sussistenza di un problema di classi sociali, ancorché ritenga abominevole l'ipotesi della lotta di classe formulata come rimedio.

Peraltro, come noto, le funzioni dello Stato cominciano a vivere la lunga stagione della loro espansione con il graduale, ma inesorabile, passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale.

Le antiche concezioni liberali di interesse generale finiscono così col subire un fenomeno di commistione, inglobando la considerazione di fattori sino ad allora inusitati e proposti, specie nell'ultima parte del XIX secolo, dalla spinta del movimento sindacale e dalle sue storiche conquiste.

Il regredire dell'individualismo assoluto anche in quelle concezioni liberiste si accompagna al parallelo declino delle teorie dello Stato gendarme non interventista nella società, lasciando piuttosto spazio a modelli, ampiamente prevalenti nel corso del XX secolo, che vedono lo Stato protagonista dell'affermazione e della realizzazione della giustizia sociale. Tuttavia, in tale prospettiva, ancora una volta lo Stato mantiene le prerogative di un soggetto distinto dalla comunità ad esso sottostante sulla base della considerazione della diversità dell'essenza o della natura del primo rispetto alla seconda. Lo Stato, insomma, è ancora una volta in grado di imporsi con la sua forza e la sua autorità, non più in veste di oppressore e/o garante di un ordine ideale, ma quale paladino di una giustizia da realizzare tra i differenti strati della società. L'ordinamento sovrano comincia a porsi l'obiettivo di operare sulla sfera degli interessi particolari per contribuire alla loro armonizzazione e conseguire la riduzione delle disuguaglianze sociali anche sulla scorta delle rivendicazioni di categorie, gruppi o classi ormai munite di efficaci strumenti di tutela.

La nuova impostazione che prende piede si fonda anche sulla scoperta del principio di solidarietà, ampiamente sentito sia nella impostazione propria della dottrina sociale della Chiesa, sia in quella del movimento socialista, valore che attraversa trasversalmente, impregnandoli di sé, pressoché tutti gli ambiti di intervento pubblico, punto di riferimento sia per i principali atti costituzionali degli Stati, sia per le politiche pubbliche per tutta la durata del XX secolo.

Riprende così forza l'idea di interesse generale, talora nell'accezione di bene comune, che presuppone comunque l'esigenza di un'autorità ad esso preposta e, dunque, di uno Stato munito di poteri unilaterali.

Il carattere democratico fortemente assemblearista di taluni ordinamenti (tra i quali quello italiano) tenta di fornire una risposta all'esigenza di raccordo tra istituzioni pubbliche e società, ma ben presto le commistioni tra politica e amministrazione e l'infiltrazione in quest'ultima di soggetti ad essa estranei dà luogo a perniciose ipotesi di consociativismo.

Le pur diverse dottrine di fine '800²², che hanno poi dominato in tutto il XX secolo, evidenziano comunque la sussistenza di un elemento comune: l'interesse pubblico, mediante il meccanismo legislativo, coincide di per sé con l'interesse dell'intera

²² Sul punto, R. POUND, *Rassegna degli interessi sociali*, in *Giustizia, diritto, interesse*, trad. it., Bologna, 1962, p. 288.

collettività²³ e allora, secondo la nota affermazione di Cammeo, «basta un interesse pubblico (...) anche minimo a dar causa all'atto: il più o il meno dell'interesse stesso è questione di opportunità, non di legittimità»²⁴.

3. Interesse pubblico e attività amministrativa

La collocazione dell'interesse pubblico nella causa dell'atto, o meglio la sua individuazione quale causa esclusiva, pone evidentemente su un piano di debolezza qualsiasi forma di sindacato sull'esercizio del potere se non sotto il profilo della verifica del rispetto delle disposizioni legislative di attribuzione dello stesso. Ogni altra censura costituisce sconfinamento nel merito dell'attività, in quanto tale invasiva di prerogative esclusive dell'amministrazione.

Tuttavia, il fenomeno di graduale e costante incremento dell'assunzione diretta, da parte dello Stato e di altri enti pubblici, della gestione di servizi anche a carattere economico comincia a delineare, sin dai primi del '900, la progressiva crisi del carattere monolitico dell'interesse pubblico, da un lato utilizzato in situazioni sempre più eterogenee nell'ambito degli ordinamenti, dall'altro adoperato da parte di soggetti pubblici differenti, specie a livello locale, preposti all'esercizio di attività amministrativa od ormai anche di gestione. Tale circostanza determina anche le prime forme di contrapposizione tra interessi statali e locali.

Il processo di sgretolamento dell'accezione monolitica di interesse pubblico, universalmente riconosciuta, si presenta non privo di contraddizioni e incertezze, ma è innegabile che l'alba del XX secolo porti con sé un'esigenza ormai ineludibile: quella del passaggio da una configurazione astratta dell'interesse pubblico, per lo più fissato nella norma legislativa, ad una configurazione articolata e composita delineata sul piano concreto dall'azione discrezionale delle amministrazioni. Questa seconda prospettiva pare, tra l'altro, l'unica in grado di consentire un equo bilanciamento tra interessi pubblici e interessi privati, non più frutto di affermazioni astrattamente sancite a livello normativo, bensì quale risultato di una ponderata opera di mediazione che solo l'attività concreta delle amministrazioni è in grado di attuare.

Sotto altro profilo, la parallela affermazione dello Stato pluriclasse porta anche un'ulteriore conseguenza. Essa, infatti, contiene il germe dell'emersione di una gamma inusitata quanto variegata di interessi, tutti pretendenti lo scudo protettore della definizione di interessi pubblici. Da qui anche il lento passaggio da una nozione unitaria di interesse pubblico ad una nozione variegata e multiforme di interessi pubblici²⁵.

È, peraltro, evidente che in un ordinamento che comincia a presentare una struttura pluralista, non solo ciascuna comunità ben può vantare un proprio interesse pubblico, ma può darsi il caso che una stessa comunità possa vantare contestualmente

²³ M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, p. 873.

²⁴ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist., Padova, 1960, p. 582.

²⁵ A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 68.

interessi pubblici molteplici, anche in conflitto tra loro. Tanto più che, oramai, non necessariamente tratto distintivo dell'interesse pubblico è la generalità e tratto distintivo di quello privato è la particolarità²⁶.

All'intensificazione dell'intervento dei pubblici poteri si accompagna, dunque, il graduale riconoscimento del valore relativistico dell'accezione in esame, quanto meno sotto il profilo della sua necessaria contestualizzazione rispetto ai diversi fattori spazio-temporali nei quali rinviene espressione²⁷. La gamma degli interessi pubblici, insomma, varia costantemente, poiché costantemente muta la sensibilità sociale che induce a ritenere rientrante in quel novero «ogni situazione sociale apprezzabile, anche priva di rilevanza patrimoniale, suscettiva di ricevere la protezione del diritto»²⁸ pubblico. In questa prospettiva è la concreta dinamica degli interessi pubblici e degli interessi privati (questi ultimi non più necessariamente collocati secondo una logica di contrapposizione e di subordinazione rispetto ai primi) a dare atto della complessiva fisionomia della società, in un preciso momento storico, in relazione ad un determinato contesto territoriale. Proprio gli interessi pubblici finiscono con l'essere calati in una realtà dialettica di rapporti, perdendo, così, il loro carattere (normativo) astratto per conformarsi alla storia del tempo e del luogo, a seguito di un processo osmotico che li vede nel contempo riferimento imprescindibile di regolazione dell'esercizio dei pubblici poteri e oggetto di conformazione del potere derivante dal confronto tra dato reale e dato normativo; insomma, oggetto di considerazione e fattori di condizionamento dell'azione pubblica, tendenzialmente consapevoli delle fluttuanti (talora persino contingenti) esigenze a carattere sociale, economico e politico.

Il fenomeno descritto evidenzia chiaramente la rilevanza che assume, nell'esercizio dell'attività, il procedimento amministrativo sotto forma di atto complesso, dapprima, forma tipizzata di espletamento della funzione amministrativa, in seguito.

Soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990, il procedimento amministrativo ha finito con l'assumere il rango di sede imprescindibile di conformazione del potere e, soprattutto, di definizione dell'interesse pubblico del caso concreto, espressione di una dinamica conciliativa tra interessi pubblici e privati, retto sempre più dai principi generali di ragionevolezza, proporzionalità e leale collaborazione che costituiscono oggi le vere maglie del sindacato del giudice amministrativo, ben più di quanto non lo siano le figure sintomatiche di eccesso di potere.

È nella sede procedimentale che gli interessi pubblici acquisiscono concretezza, calandosi dal livello della loro enunciazione normativa (non solo legislativa) alla realtà del caso concreto; realtà dalla quale l'amministrazione non è legittimata a prescindere.

²⁶ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, p. 98.

²⁷ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 741. Il carattere storicistico degli interessi pubblici fu efficacemente segnalato da F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 196, e da M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 1987, c. 9.

²⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 40. In termini, M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 910.

re, dovendo rapportarsi costantemente proprio al dato fattuale sul quale va ad incidere per essere in grado di operare in coerenza con la stessa *ratio* costitutiva del suo potere. In altri termini, anche a seguito della sussunzione nel testo costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale, qualsiasi potere pubblico normativamente costituito contiene in sé le ragioni della propria esistenza, coincidenti con la sua capacità (almeno potenziale) di essere effettivamente in grado di espletare le funzioni assegnategli dall'ordinamento in vista del conseguimento del risultato previsto, vale a dire in prospettiva della realizzazione dei compiti affidatigli²⁹. Va da sé che, in questo senso, un soggetto pubblico che si rivelasse a ciò inadeguato già sul piano strutturale sarebbe ineludibilmente incostituzionale per violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

È peraltro noto che oggi la legge, consapevole delle condizioni di complessità dei contesti sui quali va ad incidere, «evidenzia, ma non ordina gli interessi che, non di rado contrapposti, reclamano e ottengono la qualificazione di potenziali interessi pubblici»³⁰, al punto che la funzione del procedimento non è solo quella della realizzazione in concreto di un interesse già normativamente definito come tale dalla norma, ma risulta soprattutto quella di individuare, caso per caso, l'interesse pubblico concreto come sintesi o composizione di diversi interessi, tutti normativamente rilevanti.

L'attuale forma di conformazione dell'interesse pubblico, corrispondente ad una nuova concezione del potere pubblico, quindi, deve necessariamente poter essere sottoposta ad un sindacato penetrante che consenta di addivenire non solo alla comprensione delle ragioni vere e profonde delle scelte pubbliche assunte, ma anche di ripercorrere dall'interno il fondamento e la *ratio* delle determinazioni maturate in sede procedimentale in termini di coerenza con i principi generali dell'agire amministrativo. Un compito estremamente complesso e delicato che investe il cittadino e che chiama il giudice amministrativo ad un approccio coraggioso e consapevole che presuppone, soprattutto, la sua condizione di assoluta imparzialità e l'effettività della tutela prestata, anche alla luce dei principi affermati dal codice del processo amministrativo. Un difficile e arduo percorso che tuttora incontra numerosi ostacoli fondati su una concezione trascendente del potere che intende dare ragione solo a se stesso delle proprie scelte, decisamente poco propenso a dar luogo ad un'amministrazione trasparente che consenta al cittadino, e non solo, di pervenire alla comprensione e alla verifica delle scelte.

Insomma, le anime della concezione platonica (in una versione molte volte decisamente meno nobile) e di quella aristotelica continuano a contrapporsi.

4. Le situazioni giuridiche soggettive

Sfiorando temi di teoria generale, molto dibattuti in dottrina e sui quali non si sono raggiunti risultati generalmente condivisi, occorre illustrare, nei limiti del possibi-

²⁹ M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2005.

³⁰ G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 313.

le, la nozione di **situazione giuridica soggettiva** con l'avvertenza che nemmeno sulla terminologia c'è consenso, come si deduce dalla circostanza che molti preferiscono parlare, con riferimento al medesimo concetto, di *posizione giuridica soggettiva*.

Poiché è indubbio che il diritto riguarda la società umana, in quanto società organizzata, e che questa è un insieme di persone (fisiche e giuridiche) con i loro interessi e i loro progetti, l'ordinamento giuridico, una volta risolto il problema della soggettività, ossia della individuazione (o della determinazione) dei soggetti (riconosciuti come soggetti giuridici), nella sua funzione ordinante, deve rivolgere l'attenzione alle relazioni tra tali soggetti e, quindi, ai loro interessi e ai loro comportamenti, riconoscendo (e tutelando) i primi e qualificando (ossia rendendo giuridicamente rilevanti) i secondi, in modo da realizzare *l'ordine nella vita di relazione della comunità*.

Esse non sono altro che le *regole giuridiche considerate dalla parte dei soggetti dell'ordinamento*: per questo sono entità da un lato giuridiche e dall'altro soggettive. Sono, come è stato detto (con riferimento al diritto soggettivo), «il riflesso immediato della norma in rapporto *al soggetto*»³¹.

Da questo punto di vista, si può dire che lo stesso ordinamento giuridico non è altro che una *trama di situazioni giuridiche soggettive*, intese come *concretizzazione di norme in ordine ai soggetti*.

Per situazione giuridica soggettiva si può, quindi, intendere «la situazione, o posizione, in cui viene a trovarsi un soggetto, per effetto della applicazione di una o più regole di diritto»³².

Tanto premesso in via generale, è di notevole rilievo tentare di operare distinzioni tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, non solo come astrattamente ipotizzabili, ma come concretamente inferibili dall'analisi del c.d. **diritto vivente**.

Ci sono teoriche che individuano **situazioni fondamentali**, quali il *licere* e il *posse* (Jellinek, Pugliatti, Levi), ovvero quali il **dovere** e il **potere** (situazioni di necessità o di possibilità: Falzea), sulle quali vengono poi costruite tutte le altre; ci sono teoriche che negano o, comunque, non condividono l'esigenza di ipotizzare l'esistenza di situazioni fondamentali (Nicolò, Natoli, Carnelutti).

Mentre c'è sufficiente concordia nel ritenere che, avendo «tutto il sistema giuridico (...) radice e basi nei fatti»³³, anche le situazioni giuridiche soggettive hanno un **sostrato materiale** (o metagiuridico), si determina invece un forte contrasto nella individuazione dell'elemento che possa costituire tale sostrato: alcuni si riferiscono unicamente all'**interesse**, e quindi intendono tutte le situazioni soggettive come *interessi giuridicamente riconosciuti o qualificati* (Bigliuzzi Geri ed altri coautori, Majello), altri fanno ricorso invece ai **comportamenti umani** classificandoli come *consentiti, doverosi, vietati* (Levi, Falzea, A. Romano).

Per le ragioni appena esposte è preferibile illustrare direttamente le classificazioni che vengono ritenute le più convincenti e utili a comprendere i rapporti tra cittadini e

³¹ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 49.

³² G. IUDICA-P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2001, p. 47.

³³ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 54.