

LUCIO IANNOTTA

## GIURIDICITÀ DEL CASO CONCRETO

1. – Negli ultimi tempi, anche grazie al contributo offerto dalle neuroscienze<sup>1</sup> alla ricomposizione, nell'unità della persona, del dualismo mente (razionalità, spiritualità, libertà) cervello (corporeità, materialità)<sup>2</sup>, sembra avviata al superamento la scissione, consumatasi al-

<sup>1</sup> V. *Il rapporto di Napoli sul problema mente-corpo, Atti di un convegno e documento conclusivo – Napoli, Vico Equense, 3-5 maggio 1990*, in I Quaderni dell'IPPE n. 4, a cura di G. Del Re e E. Mariani, spec. *Documento conclusivo – Rapporto sul problema mente-corpo*, a cura di G. Del Re per il quale la dimensione della razionalità scientifica dà la possibilità di non arenarsi nelle sterili e deludenti contrapposizioni mente-corpo; facilita la messa in comune di contributi provenienti dalle varie aree scientifiche; offre alla riflessione filosofica e alle scienze umanistiche e sociali il supporto di un ampio e rigoroso bagaglio di conoscenze che facilita il superamento degli ostacoli terminologici, fonte di equivoci e incomprensioni; confermando la conciliabilità ed anzi l'interdipendenza degli approcci scientifici e filosofici nello studio del M.B.P. (Mind Body Problem), considerato da Del Re tema arduo con molteplici risvolti, da affrontare in diversi contesti e perciò necessariamente pluridisciplinare, transdisciplinare, interdisciplinare (così G. DEL RE, *op. cit.*, spec. 22 e 23). V. E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA e D. TERRACINA, *Neurodiritto – Una introduzione*, Torino, 2011, Cap. I – *Neuroscienze. Scienze della natura e scienze sociali*, e Cap. II *Validità e limiti di un approccio neuroscientifico ai problemi del diritto e della giustizia*, 25, di E. Picozza del quale v. anche *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di E. Follieri e L. Iannotta, Napoli, 2010, 203 e ss.

<sup>2</sup> Già T. D'AQUINO, spec. in *Questioni disputate, L'anima umana*, affermava che «...l'anima razionale non può che essere unita al corpo immediatamente... l'anima razionale e il corpo non sono due entità collegate sia pur strettamente tra loro ma costituiscono una unità psicofisica che è l'unica vera realtà che chiamiamo uomo... è necessario che l'anima riceva le specie intelligibili dalle facoltà sensoriali che non possono compiere le operazioni loro proprie senza gli organi corporei... Nell'uomo vi è una sola anima (razionale, sensibile, vegetativa) che deve avere molte e diverse facoltà (*L'anima umana*, cit., spec. Questioni 1, 6, 8, 9, 12, 13). V. J.J. SANGUINETI,

l'inizio dell'età moderna<sup>3</sup> (e protrattasi per secoli nelle forme radicali dell'idealismo e del materialismo e nelle loro molteplici posizioni intermedie), tra mondo dell'essere e mondo del pensiero<sup>4</sup>, tra realtà e teoria, tra materia e forma e, per quel che più interessa il giurista, tra fatto e diritto, vita e norma, essere e dover essere.

In altra recente occasione<sup>5</sup> ho rilevato che l'evoluzione sociale e ordinamentale, illuminata dai risultati delle neuroscienze, conduce a un nuovo tipo di materialismo, non separato ma integrato con la dimensione razionale-spirituale<sup>6</sup> che, nell'ambito del diritto, può definirsi *materialismo giuridico*. Con tale espressione si vuole innanzitutto rappresentare l'esigenza che il diritto in tutte le sue componenti (legislativa, teorica, giurisprudenziale, pratica) tenga conto adeguatamente e compiutamente della vita giuridica reale, ordina-

*La scelta razionale: un problema di filosofia della mente*, nel *Quaderno Neuroscienze e libertà – Neuroscience and freedom*, Pontificia Università della Santa Croce – Acta Philosophica, Fascicolo II, volume 17 Pisa-Roma, Fabrizio Serra Editore, 2008, 247 e ss., per il quale *nelle nostre azioni intenzionali interviene sempre il cervello in modo non semplice, in quanto in esse sono presenti elementi percettivi, mnemonici, emotivi, progettuali, motori: nei quali la dimensione neurale è tutt'altro che insignificante... il risultato delle nostre scelte è frutto di un misto tra necessità, aleatorietà e libertà... La base cerebrale considerandola solo nella sua dimensione organica è condizione necessaria ma non sufficiente delle nostre scelte... In altri termini, non si sceglie senza un cervello in attività ma non sceglie il cervello... L'intelligenza umana, pur cerebralizzata, per i suoi caratteri di universalità e astrattezza e per l'intenzionalità che l'accompagna trascende il cervello organico*

<sup>3</sup> A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Diritto Amministrativo*, 2002, 11 e ss.

<sup>4</sup> CARTESIO (René Descartes), *Discorso sul metodo*, edizioni a cura di Italo Cuiabeddu, Editori Riuniti, Roma 1996.

<sup>5</sup> L. IANNOTTA, *Materia e forma nel diritto amministrativo*, Relazione al Convegno *Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici*, Università degli Studi di Foggia – Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali – Lucera, 19 e 20 ottobre 2012, in *LexItalia.it* 2012.

<sup>6</sup> E, in questo senso, anche corporeo, come lo definisce E. PICOZZA, *Teorie*, cit., 232. Materialismo giuridico significa che la forma, la ragione giuridica non è né sopra il mondo né al di fuori del mondo: non è la Ragione né degli Dei né degli Eroi: è la ragione degli uomini. Lo spirituale, il razionale, la stessa libertà vivono nel materiale, anche se non sono a questo riducibili. Cfr. G. MARRAMAO, *Cielo e Terra*, Laterza, Bari, 1994.

ria<sup>7</sup>; ma si vuole evidenziare altresì la necessità di cercare (e di scoprire) nei fatti, cioè nelle vicende concrete, la presenza del *giuridico* (esistente o mancante), sotto forma di doverosa considerazione del caso concreto (da ri-costruire nei dettagli e nei particolari) e di rispetto (se non di diretta e immediata soddisfazione) delle persone (entità intrinsecamente giuridiche portatrici di diritti inviolabili e di doveri inderogabili: artt. 2 e 3 Cost.), delle cose da esse rivendicate (beni di rilievo giuridico), degli interessi (legami giuridici tra persone e cose), nella loro dinamicità, multiformità e variabilità. Una materia quindi già giuridica ma, al tempo stesso, da perfezionare nella sua giuridicità, da conformare<sup>8</sup> con la forza ordinatrice del diritto<sup>9</sup>, senza la quale la materia resterebbe relegata in una condizione di inferiorità e di incompletezza<sup>10</sup>.

Ma per materialismo giuridico si vuole intendere anche l'esigenza di portare nella teoria (nel mondo dell'essere) concetti adeguati alla rilevanza giuridica della vita reale (del modo del divenire), con il di-

<sup>7</sup> F. CAMMEO, *Le manifestazioni di volontà dello Stato*, in *Trattato Orlando*. Più che *ex facto oritur ius* si dovrebbe dire *ex vita, ex persona, oritur ius*.

<sup>8</sup> E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Potere di trasformazione e potere di conservazione*, in *Annuario AIPDA 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 43-89, il quale riattualizza in termini originali, riferendola specificamente al diritto amministrativo, la distinzione tra poteri di trasformazione e poteri di conservazione proposta da S. Romano sul piano della teoria generale in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Giuffrè, Milano, 1983 (ristampa), voce *Poteri e potestà*. Follieri pone in risalto tra l'altro l'incidenza (anche) sulla realtà materiale del potere di trasformazione e la mancata produzione di effetti innovativi (anche) materiali da parte del potere di conservazione peraltro secondo lo schema dover essere-essere, laddove il dover essere viene attribuito al mondo giuridico rispetto alla realtà materiale, non giuridica (essere). «Le creazioni ex novo del diritto non sono creazioni ex nihilo ma hanno un sostrato materiale sul quale e col quale sorge la nuova realtà giuridica che è ben diversa da quel sostrato...», scriveva Santi Romano nella voce *Realtà giuridica* dei *Frammenti*, 210. A mio avviso, il sostrato materiale di cui parla Santi Romano, in quanto coincidente con le vicende giuridiche reali e con i comportamenti umani, è anch'esso istituzionalmente giuridico e riguarda *non solo intere istituzioni o corpi sociali ma anche le singole posizioni o i singoli rapporti* (con parole di Santi Romano, *op. cit.*, 205).

<sup>9</sup> F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

<sup>10</sup> L. IANNOTTA, *Materia e forma*, *cit.*, 23.

retto inserimento di questa tra le fonti del diritto e la collocazione tra gli istituti giuridici del caso concreto, in funzione della costruzione di una teoria (per sua natura tendente all'universalità) della vita giuridica<sup>11</sup> che si faccia carico non solo del sapere, ma anche del *saper fare* e del *come fare* per risolvere i problemi posti dall'esperienza, sempre più instabile, mutevole, diversificata, contraddittoria.

2. – Nella Dottrina di Diritto Amministrativo, nel solco del riconoscimento della centralità del fatto amministrativo<sup>12</sup>, si è pervenuti, soprattutto dopo la legge 241 del 1990, all'attrazione del fatto sul piano della legittimità<sup>13</sup> anche grazie all'opera del giudice amministrativo, sempre più giudice della piena cognizione del fatto<sup>14</sup>, e, in

<sup>11</sup> Scriveva M.S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Ius*, 1957, 223 e ss.: «...la scienza del diritto ha un oggetto tale da dover essere obbligata a scendere continuamente nel particolare della sua normazione positiva o della fattispecie concreta, talché se essa poi, in applicazione del suo proprio metodo, è sollecitata a risalire al concetto e all'universale – non interessa qui di quale universale si tratti – tuttavia nuovamente per controllare la validità della proposizione ottenuta essa è obbligata a ritornare al reale e al particolare». Ma l'attrazione del reale nelle teorie (vita quale fonte – tra le fonti – del diritto; vicende reali dinamiche e multiformi quali istituti tra gli istituti giuridici, ecc.) fa sì che il reale debba essere sempre presente nella teoria ancorché concettualizzato, e che il teorico, per conoscerlo, non debba abbandonare la sua stanza perché la finestra è costantemente spalancata sulla vita per contemplarla e considerarla nella sua effettiva consistenza (bene/male; vero/falso; brutto/bello; giusto/ingiusto; ecc.). Il teorico quindi non avrà bisogno di tornare precipitosamente sulla terra (alla velocità del suono, da 39mila metri di altezza, come ha fatto il 14 ottobre 2012 l'austriaco Felix Baumgartner) perché è già sulla Terra anche se a volte, con l'immaginazione, sale nella stratosfera.

<sup>12</sup> Sulla rilevanza del fatto nel giudizio amministrativo senza però il diretto riconoscimento della sua giuridicità nel senso prospettato nel presente lavoro, v. G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1972; *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988; *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *LexItalia.it*, 2002.

<sup>13</sup> A. PUBUSA, *Note sull'eccesso di potere alla luce della legge 241 del 1990*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, II, 1993. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

<sup>14</sup> Cass. SS.UU. 21.6.2010 n. 14893; 28.5.2012 n. 8412; v. anche Cass. SS.UU.

tempi più recenti, all'attribuzione di diretto rilievo giuridico al caso concreto, con una sua possibile qualificazione in termini di elemento dell'ordinamento giuridico.

A) Per Ignazio Marino, la giuridicità del caso concreto si manifesta sotto forma di riconoscimento del diretto rilievo giuridico del rapporto umano nelle sue dimensioni spaziale e temporale. L'esigenza, giuridica, di sottoporre i poteri pubblici, il potere del mercato e lo stesso potere democratico al rispetto dei valori, dei diritti umani, della giustizia (scopo fondamentale della democrazia)<sup>15</sup> conduce all'identificazione dell'elemento umano con quello giuridico. Secondo Marino infatti «*se consideriamo anche solo presupposto del diritto il rapporto umano noi mettiamo al centro del diritto l'uomo e i suoi rapporti, premessa ed essenza della democrazia*». E ciò fa sì che «*i rapporti tra cittadino e amministrazione giungano ad una ulteriore effettiva consistenza di rapporto umano e perciò stesso divengano rapporti giuridici perché il diritto presuppone il rapporto umano, anzi il rapporto umano è diritto*»<sup>16</sup>.

17.2.2012 n. 2312 che, pur censurando, nel caso esaminato, un presunto sconfinamento del giudice amministrativo di legittimità nel merito amministrativo, riconosce tuttavia che «...è indiscutibile la piena inclusione, nella potestà di esercitare il sindacato sull'eccesso di potere, della scelta di accertare pienamente i fatti..., la cognizione del giudice amministrativo essendo in tal guisa completata sotto il profilo del pieno controllo dei fatti»; v. anche C.d.S. Ad. Plen. n. 2/2013 del 15.01.2013 per la quale «*sempre più l'azione davanti al giudice amministrativo (è) qualificabile come avente ad oggetto direttamente il fatto, senza doversi limitare all'esame tramite il prisma dell'atto (recuperando) un lontano indirizzo giurisprudenziale, poi abbandonato in ossequio al modello giuridico idealistico, che per lunghi anni ha prevalso nel nostro ordinamento, secondo il quale si riteneva possibile un immediato e diretto accesso al fatto nei casi in cui la pretesa al bene della vita non dovesse essere filtrata da una valutazione discrezionale rimessa alla esclusiva competenza della p.a.*». L'Ad. Plen cita C.d.S., IV, 13 giugno 1902 (con nota di F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*) relativa a un caso di sindacato sull'esistenza dell'urgenza (dei suoi presupposti), in *Giurisprudenza Italiana*, 1902, Parte Terza, 275 e ss.

<sup>15</sup> Ignazio M. MARINO, *Associazioni e democrazia*, in *Il ruolo dell'associazionismo in un contesto socio-politico in crisi*, in Collettaneo per i tipi della Galatea editrice, Acireale, 2008; *Profili giuridici della democrazia nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 13 e ss.

<sup>16</sup> I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Scritti in ri-*

B) La rilevanza giuridica del caso concreto è emersa, in maniera esplicita, attraverso la valorizzazione, nella teoria e nella prassi, dei principi generali ed in particolare di quelli di proporzionalità (con i corollari dell'idoneità, necessarietà, proporzionalità in senso stretto), ragionevolezza, adeguatezza<sup>17</sup>. Com'è stato evidenziato, in particolare, da Stefano Cognetti *l'interpretazione giuridica si instaura tra due poli di riferimento, entrambi ineludibili: il caso concreto da regolare e la regola da applicare al caso concreto... depotenziare o perfino escluderne uno a favore dell'altro produce lo sbilanciamento dell'intera operazione ermeneutica (ancor più in) un contesto ispirato all'integrazione... fra assetto normativo e assetto fattuale. Oggi che l'apprezzamento del fatto si impone con consapevolezza crescente come presupposto nodale all'applicazione delle regole, la sua qualificazione in termini di univocità dovrà schiudersi sempre più alla legittimità*<sup>18</sup>.

C) La rilevanza giuridica del caso concreto risulta inoltre rafforzata dalle acquisizioni della dottrina costituzionalista<sup>19</sup> che, muovendo dalla distinzione tra disposizione (la proposizione scritta) e norma (il significato ricavato attraverso l'interpretazione: un'interpretazione costituzionalmente orientata – ma anche conforme al diritto europeo e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – alla quale sono tenuti tutti gli interpreti<sup>20</sup>), individua la funzione dell'interpretazione

cordo di Francesco Pugliese, Napoli, 2010, 166, nota 72; ma v. anche I.M. MARINO, *Autonomia e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in Studi Mazzarolli, Cedam, Padova, 2007, vol. I.

<sup>17</sup> Ma anche del principio di buona fede quale corollario del principio di solidarietà. Per F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, *i soggetti portatori di interessi... con il loro intervento concorrono a stabilire quale sia la regola del caso concreto* (165). Cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002, 93; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, 193. V. anche, in una prospettiva normativista, M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto fra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e Legalità*, Milano, 2000, 181 e ss.

<sup>18</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011, spec. 162, 163, 199 e 308.

<sup>19</sup> R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2012.

<sup>20</sup> *Ivi*, 49 e ss.: L'interpretazione conforme a Costituzione (ma in genere conforme alle norme di grado superiore) è un canone interpretativo molto accreditato in tutti

giuridica (art. 12 delle c.d. preleggi), nella individuazione della norma del caso, della regola sotto la quale il caso particolare è sussumibile. In tale prospettiva grava sull'interprete il compito di ricostruire ogni singolo caso concreto ed elaborare la regola giuridica che ad esso va applicata<sup>21</sup>.

D) Muovendo dalla distinzione tra diritto privato, quale diritto dello Stato che riguarda i soggetti privati e i loro rapporti e diritto dei privati, quale costruzione di regole giuridiche vincolanti da parte di privati, Alberto Romano in una recente rilettura della teoria istituzionista<sup>22</sup> «spinta fino a delineare come ordinamenti giuridici... insieme di regole molto più limitati e a vigenza molto più circoscritta<sup>23</sup>» pone in risalto il carattere normativo dei negozi il cui contenuto è pattuito dalle parti o stabilito unilateralmente da un soggetto «per il

i sistemi giuridici. La Corte Costituzionale mostra di non considerarsi detentrica monopolista dell'interpretazione costituzionale, ritenendo invece che spetti ai giudici il compito di utilizzarla come fonte. Due punti essenziali: a) non c'è separazione tra ordine costituzionale e ordine legislativo né tra gli interpreti del primo e quelli del secondo; b) Corte Costituzionale e giudici sono entrambi interpreti del diritto e i giudici non si possono sottrarre al compito di dare la corretta interpretazione (anche costituzionale) delle disposizioni vigenti. La norma del caso potrà quindi avere un'origine complessa in quanto formata da significati descritti da legge ordinaria e Costituzione. L'obbligo di interpretazione conforme non riguarda solo la conformità a Costituzione ma anche l'interpretazione conforme al diritto comunitario e quella conforme alle norme CEDU nell'interpretazione della Corte di Strasburgo. In questa ottica vanno lette le parole di G. Coraggio, contenute nel discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato che, alla conclusione della sua prolusione, afferma: *Certo l'esperienza quotidiana sembra dar ragione a quell'autorevole storico del diritto che afferma che i giudici non sono «soggetti soltanto alla legge», bensì «alla legge e all'ordinamento», espressione che, pur interpretata in senso riduttivo, riconosce ai giudici il potere e il dovere di ricavare la norma «agendi» dall'ordinamento nel suo complesso, o meglio dal complesso degli ordinamenti.* (in *www.giustizia-amministrativa.it*, 26-27). Alla «soggezione» alla legge e all'ordinamento di cui parla Coraggio, aggiungersi la soggezione ai fatti. Quanto all'interpretazione conforme a Costituzione ritengo che essa possa essere attuata da tutti i soggetti dell'ordinamento e segnatamente dall'Amministrazione salvo che la formulazione della disposizione non la precluda inequivocamente.

<sup>21</sup> R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 3 e ss.

<sup>22</sup> A. ROMANO, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano. Il diritto dei privati e il diritto dell'Amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2011, 241 e ss.

<sup>23</sup> *Ivi*, 246.

loro carattere appunto normativo perché norma del caso, del rapporto concreto, seppure singolo». Ciò dovrebbe valere secondo l'Autore anche per i provvedimenti che, «una volta tenuto conto degli ineludibili principi di nominatività e tipicità... dovrebbero e potrebbero apparire come atti aventi carattere normativo rispetto alle singole situazioni giuridiche cui si riferiscono da apprezzare caso per caso da parte dell'organo competente ed emanante<sup>24</sup>. Dal momento che la discrezionalità amministrativa si va sempre più riducendo, per il continuo infittirsi della trama normativa, ciò finisce per precludere già a priori quel potere di scelta caso per caso che pur viene proposto come esigenza istituzionale profonda<sup>25</sup>, con assorbimento della funzione amministrativa in quella legislativa.

In proposito si può osservare che se è ancora oggi vero che «nell'amministrazione la libertà è essenzialmente il rispetto del diritto e della giustizia»<sup>26</sup> sembra che tale libertà possa scaturire dal piano della realtà materiale, dal mondo dei casi concreti con la loro normatività intrinseca che li rende di doverosa considerazione e valutazione e di giusta, adeguata e proporzionata conformazione, piuttosto che dalle previsioni legislative o dall'istituzione ampiamente intesa.

3. – A ben vedere, il caso concreto è stato sempre presente nell'esperienza giuridica italiana del diritto pubblico, non solo com'è ovvio (come dovrebbe essere ovvio) nella prassi e nella giurisprudenza, ma anche nella scienza del diritto amministrativo, in ragione della sua genesi giurisprudenziale dalle antiche radici<sup>27</sup>.

La stessa nozione di interesse legittimo – situazione giuridica non codificata né prequalificata, collegata con l'esercizio del potere – reca

<sup>24</sup> *Ivi*, 247 e 254.

<sup>25</sup> *Ivi*, 254, 255 e 260.

<sup>26</sup> S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Bergamo, 7 maggio 1880.

<sup>27</sup> Per più approfondite considerazioni, rinvio a L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 1996, 579 e ss.; *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2/1998; *Principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano e autonomie territoriali*, in *questa Rivista*, n. 2/2007; *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2003.

inevitabilmente in sé il caso concreto, attraendolo sul piano giuridico in funzione della sua doverosa qualificazione e conformazione. E ciò è stato confermato dal consolidamento, per così dire, del giudizio amministrativo quale giudizio di piena cognizione dei fatti, di accertamento della fondatezza della pretesa e di condanna<sup>28</sup>.

E se il caso concreto, nella sua individualità singolarità peculiarità e variabilità, non è fino ad oggi assunto al rango di autonomo elemento dell'ordinamento giuridico, ciò potrebbe essere dovuto alla separazione concettuale tra fatto e diritto, tra materia e forma e alla persistente collocazione del fatto sul piano extragiuridico<sup>29</sup> e comunque ai margini del fenomeno giuridico.

Il caso concreto non è mai solo fattispecie né mero fatto<sup>30</sup> ma è una vicenda concreta della vita che ha valore sul piano normativo ed è suscettibile di un giudizio qualitativo e quantitativo comunque giuridico.

L'evoluzione sociale, culturale e ordinamentale, la pluralità delle fonti, l'esigenza di ricercare la norma da applicare, l'affermarsi delle clausole generali, la diffusione dei diritti fondamentali e dei correlati doveri come propri di ogni persona, la giuridicità della stessa per-

<sup>28</sup> Modello consacrato dal Codice del processo amministrativo del 2010, con i suoi successivi correttivi e dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con particolare riferimento alle sentenze 23.03.2011 n. 3; 29.07.2011 n. 15; 7.04.2011 n. 4; 15.01.2013 n. 2. In merito alla trasformazione del giudizio amministrativo prima del Codice, rinvio a L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2007, 935 e ss., e *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2, 2009, 357 e ss.; *La considerazione del risultato*, cit.

<sup>29</sup> F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., 2 e ss., prospetta il fenomeno giuridico come un *tertium* rispetto agli elementi del quale si compone, con il risultato di operare non una biplanazione (A. Falzea: elemento formale – elemento materiale) ma una triplanazione dell'esperienza giuridica complessa nel senso di vederla ordinata sul piano normativo astratto, sul piano della realtà giuridica concreta e sul piano della realtà materiale o extragiuridica. V. L. IANNOTTA, *Materia e forma*, cit., dove rilevo che la triplanazione concettuale proposta da Scoca va ricondotta all'unico piano della realtà e rivisitata alla luce della riscoperta giuridicità della materia.

<sup>30</sup> V. le voci dell'Enciclopedia del Diritto, Vol. XVI, 926 e ss.: A. CATAUDELLA, *Fattispecie*; A. FALZEA, *Fatto giuridico*; N. BOBBIO, *Fatto normativo*.

sona, questi e tanti altri fattori hanno determinato la valorizzazione della dimensione giuridica dei casi concreti, al di là degli schemi formali ai quali vengono ricondotti.

E l'esperienza giuridica si arricchirà sempre più di casi<sup>31</sup> nei quali i protagonisti, portatori di diritti non definibili a priori come soggetti, in quanto collegati con l'esercizio di un potere, vedranno confermata la propria posizione giuridica all'esito della ricostruzione e considerazione della vicenda concreta.

In questa prospettiva, l'interesse legittimo si manifesta come ponte di collegamento tra il diritto rivendicato come bene concreto della vita (protetto dall'ordinamento costituzionale) e diritto realizzato per il tramite dell'esercizio (diretto o indiretto, mediato o immediato) del potere<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Quali ad es. quello dell'agente di polizia che chiede l'avvicinamento alla famiglia per gravi ragioni, non tipizzate dalla legge di riferimento che contiene una disposizione del tutto generica (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011 n. 1428); della donna che, in contrasto con la disposizione che impone di occupare stabilmente l'alloggio di edilizia residenziale pubblica, se ne allontana per assistere il padre residente in altro Comune (Corte Cost. 3.2.1994 n. 19); del malato grave che chiede la somministrazione gratuita di un farmaco vitale, già riconosciuto non tossico e potenzialmente efficace e la ottiene sebbene la procedura di valutazione manchi ancora di alcuni passaggi (TAR Lombardia, Milano, III, ord.za 22.5.2008 n. 791); della madre casalinga extracomunitaria che chiede e ottiene il ricongiungimento in Italia col figlio minore, a fronte di una disposizione apparentemente restrittiva che sembra riferirsi ai soli lavoratori dipendenti o autonomi (Corte Cost. 19.1.1995 n. 28); della società che propone al Comune inerte un progetto di pianificazione di un'area diventata priva di destinazione urbanistica per decorso dei termini di legge: progetto meritevole di considerazione, valutazione e approvazione in quanto concreto, attuabile e rispettoso degli altri beni, neutralizzando l'applicazione delle disposizioni restrittive relative a zone prive di destinazione (C.d.S., IV, n. 461/1987). Ma v. anche i numerosi casi analizzati nei miei lavori citati alle note che precedono nonché in L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, E.S.I., Napoli, 1989 e *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in D.A., 1999, 57 e ss.

<sup>32</sup> Negli ultimi anni sono stati pubblicati importanti articoli sull'interesse legittimo tra i quali: L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 1207 e ss. che vede nell'interesse legittimo ancora una figura dai contorni non bene definiti e dal contenuto non ben precisato

La piena percezione della giuridicità dei casi concreti può peraltro essere realizzata attraverso un'analitica illustrazione e ricostru-

costituente al pari del diritto soggettivo una situazione giuridica soggettiva pur se diversa dal diritto soggettivo e ne evidenzia il suo necessario collegamento con la presenza di un potere della p.a. (1206) sottolineando altresì la sua inerenza a un interesse sostanziale (per lo più indicato con l'espressione «bene della vita») (1213); A. ROMANO, *Potere Amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in AA.Vv., *Interesse pubblico tra politica e amministrazione*, II, Napoli, 2010, 405 e ss. per il quale... è pacifico che, prima e a monte dell'interesse oppositivo vi è un'altra situazione giuridica soggettiva che tendenzialmente va qualificata come un vero e proprio diritto. E non si vede come si possa prescindere da una analoga situazione giuridica soggettiva da collocarsi prima e a monte dell'interesse pretensivo... sembra che il fondamento dell'interesse pretensivo debba essere individuato in una specie di aspettativa considerata situazione soggettiva. F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2011, 379 e ss. che legge criticamente le teorie che tendono a considerare e trattare l'interesse legittimo come diritto soggettivo. In tale teorie non può rientrare però quella esposta in L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2007, 935 e ss. (in questo senso invece F.G. SCOCA, *op. cit.*, 387 e 416) avendo io ricondotto l'interesse legittimo alla figura non già del diritto soggettivo bensì del bene rivendicato da un soggetto: diritto non soggettivo, stante la persistenza in capo alla p.a. di un potere attraverso il quale passa la realizzazione del diritto con conseguente configurabilità in capo alla p.a. non già di un obbligo assoluto di soddisfazione bensì di un vincolo di adeguata e completa considerazione del diritto come bene rivendicato (v. L. IANNOTTA, *op. cit.*, 947 e ss.). Le considerazioni svolte in questo lavoro, nel testo, costituiscono peraltro l'avvio di una nuova riflessione sull'interesse legittimo, conseguente alle nuove modifiche normative e ordinamentali e all'evoluzione giurisprudenziale, verificatesi a partire dal 2010, che, dando maggiore rilievo alla normatività del caso concreto in cui l'interesse legittimo si sostanzia, ne evidenziano il carattere di elemento di trasformazione del diritto come bene della vita rivendicato nei confronti, o comunque in un ambito, di potere amministrativo (diritto non soggettivo - presupposto dell'interesse legittimo) in diritto a conservare o acquisire il bene (diritto soggettivo generato dall'interesse legittimo, soddisfatto attraverso l'esercizio del potere direttamente o in via giudiziale). V. anche M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012, 46 e ss., che critica l'affermarsi nel diritto e nel processo amministrativo della filosofia civilistica (con il primato del risarcimento) a danno della «tradizionale preziosissima e insostituibile tutela costitutiva», (78): una tutela alla quale, ovviamente, non possono non affiancarsi anche quelle accertativa, ripristinatoria, conformativa e di condanna. Non appare condivisibile, nella sua radicalità, la posizione di Mazzamuto, sull'interesse legittimo, da lui considerato mera superfetazione priva di funzione pratica: v. in proposito F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse*

zione delle vicende umane in tutte le loro componenti, che a ben guardare rappresentano, a livello microistituzionale, tutti gli elementi dell'ordinamento giuridico.

La giusta e adeguata tutela delle situazioni soggettive serve a valorizzare sempre più il ruolo rivendicato, nel nostro ordinamento, dai diritti, dalle libertà e dai doveri di rilievo costituzionale e ordinamentale, garantendo in questo modo gli interessi generali, il bene comune.

#### *Abstract*

L'evoluzione sociale, culturale e ordinamentale, la pluralità delle fonti, l'esigenza di ricercare la norma da applicare, l'affermarsi delle clausole generali, la diffusione dei diritti fondamentali e dei correlati doveri come propri di ogni persona, la giuridicità della stessa persona, questi e tanti altri fattori hanno determinato la valorizzazione della dimensione giuridica dei casi concreti al di là degli schemi formali ai quali vengono ricondotti, con rilevanti conseguenze ordinamentali.

The social, cultural and legal development, the plurality of sources, the need for the rule to be applied, the establishment of the general provisions, the dissemination of fundamental rights and their duties as related to each person, the issue of legality of the same person, these and many other factors have determined the enhancement of legal size of specific cases beyond formal schemes which are attributed, with relevant legal consequences.