«Il diritto dell'economia», vol. 27, n. 84 (2-2014), pp. 265-273

Articoli e Saggi

Ricordo di Elio Casetta

Franco Gaetano Scoca

1. Pensando a Elio Casetta, prima del Maestro, viene in mente l'Uomo: il suo tratto cortese, la sua innata cordialità, la immediata e piena disponibilità verso i suoi interlocutori, fossero essi studenti, colleghi o autorità, la sua serena, forse ottimistica, visione della vita.

Tutti l'abbiamo conosciuto ed abbiamo avuto modo di apprezzare il suo profondo senso dell'amicizia, l'assoluta mancanza di atteggiamenti paludati, la bonaria ironia. Intrattenersi con Lui era fonte di piacere.

Non è mio compito illustrare le doti umane del Maestro, che d'altronde emergono con evidenza dal brevissimo, ma intenso e sentito, direi commosso, ricordo, che ha pubblicato Fabrizio Fracchia sul numero speciale de Il diritto dell'economia. Devo limitarmi a tratteggiare brevemente il profilo dello scienziato; e dico subito che Elio Casetta è stato un autentico Maestro della scienza del diritto amministrativo.

2. Lo Studioso: attivo per circa 60 anni, dagli ultimi anni '40 del '900 al primo decennio del 2000, appartiene a quell'eccelso gruppo di amministrativisti che costituisce la prima generazione apparsa dopo la fine del fascismo, la scelta repubblicana e l'approvazione della Carta costituzionale. Ad essa appartengono, per fare solo qualche nome, Feliciano Benvenuti, Eugenio Cannada Bartoli, Enzo Capaccioli, Giuseppe Guarino, Vittorio Ottaviano, e poi, via via, Alberto Romano, Franco Ledda, Franco Levi, Aldo Piras, Giorgio Berti e tanti altri.

Il sistema del diritto amministrativo era già stato delineato nelle sue grandi linee dalle generazioni precedenti; tuttavia soprattutto la generazione immediatamente precedente, attiva prima e dopo la guerra, e a cavallo della sopravvenienza della Costituzione, aveva dato impulso a nuove prospettive della scienza amministrativistica: penso a Miele, a Giannini, ma anche ad Alessi, Amorth, Bodda, Forti, Guicciardi, Sandulli. Cito a parte Miele e Giannini, perché mi sembra che

siano gli autori che, insieme al suo maestro Pietro Bodda, Casetta abbia tenuto maggiormente presenti nella sua opera di ricerca.

Sta di fatto che tutti gli studiosi della generazione di Casetta si sono dedicati ad argomenti centrali del diritto amministrativo, ad argomenti che attengono al nucleo essenziale della disciplina. Se si potesse, direi che hanno fatto oggetto delle loro ricerche argomenti attinenti alla teoria generale del diritto amministrativo.

Scorrendo l'elenco delle opere di Elio Casetta emerge con chiarezza che i suoi interessi scientifici sono stati soprattutto di questo tipo: fin dai primi lavori ha affrontato temi di grande impegno, tracciando sentieri nuovi ed originali; ed a questa impostazione è stato fedele per tutta la sua vita di ricercatore.

Gli argomenti trattati vanno dalla nozione stessa di diritto amministrativo a quella di pubblica amministrazione, dalle situazioni giuridiche soggettive al processo amministrativo, dall'illecito alle varie forme di responsabilità, dall'attività amministrativa all'atto e al provvedimento; per non parlare dei contributi in tema di espropriazione, di urbanistica e ambiente, di interpretazione, di partecipazione, di semplificazione.

Lo stesso tema di questo incontro riflette il titolo di un lavoro di Casetta: "La difficoltà di «semplificare»"; la cui data di pubblicazione è di per sé indicativa: risale al 1998.

È un silenzioso, nascosto omaggio al Maestro!

3. Non è questa la sede per esporre e valutare l'opera scientifica del Maestro che da poco ci ha lasciati; qualche cenno, peraltro, è necessario farlo. Lo farò brevissimamente in relazione a tre argomenti: l'illecito amministrativo, l'attività amministrativa e l'interesse legittimo.

Sul primo argomento, al quale Casetta ha dedicato la sua prima monografia, nel 1953, ritornandovi poi esattamente 40 anni dopo, nel 1993, mi limito a riportare il giudizio che ne dette Massimo Severo Giannini, che non era affatto un recensore tenero.

> Un sospiro di sollievo fa trarre questo volume di Casetta. Sembrava che invano generazioni di privatisti e di processualisti si fossero affaticate a studiare debito e responsabilità, obbligazioni da illecito, l'illecito stesso come fatto o come atto; imperturbabile la scienza del diritto amministrativo seguitava a rimestare in un mastellone, con su scritto «Responsabilità della pubblica amministrazione», ogni specie di relitti e di pronunce giudiziarie, buone e cattive, con risultati di sola sterilità.
> Il Casetta ha, alla fine, rotto questa sorta di agitazione alchimistica, ed il pregio fondamentale del suo studio è di aver riportato la questione della responsabilità civile dei pubblici poteri nei suoi termini ortodossi: il centro di essa non è la responsabili-

> tà – che è una conseguenza giuridica –, ma l'illecito, che è l'origine – e apposta non diciamo la causa – della responsabilità.
> Non foss'altro che per questa rettificazione problematica, l'opera si impone all'attenzione degli studiosi come una delle più notevoli della recente letteratura amministrativistica[1].

Non credo che vi sia altro da aggiungere per segnalare il valore del contributo.

4. Sull'attività amministrativa Casetta svolge una trattazione completa, sia pure nelle dimensioni di alcune voci del Digesto. Egli lamenta, a giusto titolo, lo scarso interesse della dottrina per l'argomento, oscurato dalla maggiore visibilità dell'atto, prima, e del provvedimento, poi; e rileva, a mio modo di vedere esattamente, che l'attività, come tale, è un elemento autonomamente rilevante per il diritto. Passa poi a saggiarne la nozione e a verificarne i confini, includendovi l'attività amministrativa di organi non amministrativi; prosegue valutando criticamente i vari modi di classificazione: attività giuridica e attività sociale, attività decisoria e attività materiale, attività interna ed esterna, attività di diritto privato e di diritto pubblico.

In ordine all'attività di diritto privato, segnalo due punti che mi hanno particolarmente colpito.

Il primo riguarda i rapporti tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa. Nei contratti,

> l'autonomia del privato (e delle persone giuridiche private) (…) si trasforma in discrezionalità amministrativa per la semplice ragione che all'assenza di norme di disciplina dell'attività del privato, si contrappone la presenza di norme di azione, intese a disciplinare più o meno minuziosamente l'attività delle pubbliche amministrazioni in vista degli scopi di pubblico interesse che queste devono raggiungere.

Cosicché,

> l'autonomia privata, innegabile anche negli enti pubblici quando iure privatorum utuntur, trova un limite nelle determinazioni che, in base all'esercizio di discrezionalità amministrativa, essi stessi si impongono[2].

---

[1] M.S. Giannini, *Recensione a Elio Casetta, L'illecito degli enti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 873.

[2] E. Casetta, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I°, Torino, 1987, 526.

Il pensiero, espresso in modo semplice e chiarissimo, si innesta in una problematica complessa, concernente la riconoscibilità agli enti pubblici dell'autonomia privata, rispetto alla quale la dottrina era, ed è, fortemente divisa. La posizione assunta da Casetta è totalmente condivisibile.

5. Il secondo punto riguarda il rifiuto della distinzione, risalente ad Amorth, tra attività privata e attività di diritto privato. Il Nostro ritiene che la distinzione non sia giustificata, e che abbia «mero valore descrittivo».

A me sembra che, dato il diverso tempo in cui scrivono, entrambi gli studiosi abbiano correttamente interpretato la disciplina positiva.

All'epoca in cui scriveva Amorth, prima della seconda guerra mondiale, la normativa sulla contabilità di Stato consentiva che le spese c.d. di economato potessero essere effettuate senza previo esperimento di gara, alla stregua del modo di operare di qualsiasi privato. La disciplina è profondamente cambiata nel tempo, e Casetta ne prende atto, cancellando la specie dell'attività privata dell'amministrazione pubblica. Al tempo in cui Egli scrive era rimasta soltanto l'attività amministrativa di diritto privato.

6. In ordine all'attività di diritto pubblico mi sembra opportuno segnalare una ricostruzione originale della nozione di funzione.

Partendo dall'idea che per funzione debba intendersi una «attività svolta (…) non nell'interesse di colui che la compie, ma nell'interesse altrui», ossia, per quel che qui preme, nell'interesse dell'ente pubblico, Casetta distingue nettamente tra potere e funzione: il primo attiene all'ente pubblico, la seconda "pertiene non all'ente pubblico, per il quale comunque l'interesse non avrebbe il carattere dell'altruità, ma alle persone fisiche" che agiscono nell'interesse dell'ente pubblico. Sono esse le titolari della funzione e sono appunto chiamate funzionari. Conseguentemente la doverosità di esercizio da parte delle persone fisiche dei poteri dell'ente pubblico deriva dal rapporto di servizio che lega tali persone all'ente[3].

Si tratta di una costruzione originale, diversa da quella comunemente accettata, che peraltro si dimostra coerente con le premesse da cui parte.

Di solito si ritiene, invece, che la cura di interessi alieni sia propria dell'ente pubblico, il quale opera per il soddisfacimento di interessi non suoi, ma della collettività di riferimento; quindi l'attività che esso pone in essere attraverso i suoi organi è qualificabile come funzione in senso tecnico.

---

[3] E. Casetta, voce *Attività amministrativa*, cit., 527-528.

7. Al tema dell'attività, inteso in senso generico e complessivo, attengono anche gli atti amministrativi.

Mi soffermo soltanto sul provvedimento, del cui concetto Casetta espone con encomiabile chiarezza l'introduzione nella dogmatica giuridica. Mi preme sottolineare un solo aspetto della complessa nozione, l'autoritatività del provvedimento, dato il suo carattere problematico.

In contrasto con la tesi gianniniana, che vedeva nella incisione delle situazioni soggettive private uno degli aspetti coessenziali a tale carattere, Casetta prende in considerazione i provvedimenti con effetti favorevoli per il destinatario (concessioni, autorizzazioni), emanati su richiesta di esso o comunque con il suo consenso. In tal caso, Egli osserva, non può parlarsi di incisione delle situazioni giuridiche private.

Alcuni autori, ed io fra questi, avevano tentato di superare la difficoltà sostenendo che tali atti, favorevoli per il destinatario, incidevano sfavorevolmente su altri soggetti. Ma Casetta pone in evidenza che ci sono provvedimenti, per i quali non sono nemmeno ipotizzabili effetti negativi nei confronti di terzi; ovvero, se sono ipotizzabili, non dipendono dai provvedimenti favorevoli per il destinatario. La disamina è estremamente raffinata e convincente.

> Vi sono certamente atti autorizzatori e concessori che per il loro carattere esclusivamente personale non implicano alcuna sottrazione di utilitas a terzi. Si pensi, ad esempio, a certe autorizzazioni di polizia (quale il passaporto), o ad edificare (la cosiddetta concessione edilizia) o a certe concessioni (ad esempio il conferimento di titoli onorifici, di riconoscimenti di segnalati servizi resi allo Stato – medaglie al valor militare o civile, al merito della sanità pubblica, della cultura e dell'arte, – e così via).
> Ma anche dove la sottrazione di utilitas può verificarsi, essa è legata non all'atto di autorizzazione o di concessione, i cui effetti non possono che essere favorevoli, bensì, per i terzi interessati cui esse non sono state rilasciate, al relativo diniego esternato, a conclusione del procedimento amministrativo, da un provvedimento espresso, doveroso ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Senza tener conto dei casi in cui di fatto non esistono terzi interessati, non essendo sempre configurabile una loro necessaria presenza.

Si deve allora rinunciare al carattere dell'autoritarietà del provvedimento, come qualche recente autore propone? No, secondo Casetta: occorre soltanto affrontare il problema su basi diverse.

> Il problema va dunque affrontato – al di là di forzature pur intelligentemente prospettate – su basi diverse da quella della incisione su situazioni soggettive o della mancanza di consenso, ricollegandosi ancora una volta, con il potere esercitato dal-

> la pubblica amministrazione. É il potere a questa attribuito che, nel caso della autorizzazione, ha come presupposto una norma restrittiva dell'esercizio di una potestà o di una facoltà del privato sottoposto a previo controllo o programmazione, senza i quali l'atto autorizzativo non avrebbe ragione di essere.
> Quanto alla concessione, l'ampliamento previsto dalla legge della sfera giuridica del privato non è concepibile senza la correlativa attribuzione di un potere all'ente pubblico e la domanda di concessione è domanda di esercizio di potere autoritativo.
> Si conferma così che l'autoritatività è connotazione del potere comunque rivolto alla cura dei pubblici interessi, ed è proprio di ogni provvedimento amministrativo con cui tale potere si esercita, indipendentemente dalla natura favorevole o sfavorevole degli effetti comunque prodotti[4].

La tesi mi convince pienamente e mi induce a cambiare il mio precedente convincimento.

8. L'ultimo argomento è anche il più interessante e delicato: riguarda la tesi che Casetta ha elaborato sulla figura dell'interesse legittimo.

Casetta ha preso posizione sul problema nel 1952, in un momento in cui la tesi tradizionale, attribuita a Ranelletti, era entrata in crisi, ma aveva ancora numerosi seguaci; in cui l'attenzione della dottrina si era concentrata su un aspetto che sembrava essenziale: superare l'idea tralatizia della tutela riflessa o indiretta, e, soprattutto, l'idea della soddisfazione solo eventuale dell'interesse effettivo del privato. All'uopo si cercava un oggetto da assegnare alla situazione giuridica, che risultasse a soddisfazione garantita; e tale oggetto non poteva essere altro che la legittimità dell'azione dell'amministrazione. L'alternativa era di spostare la rilevanza dell'interesse legittimo sul solo piano processuale (Guicciardi, Allorio, Garbagnati).

La prima prospettazione, condivisa, sia pure con declinazioni diverse, dagli scrittori contemporanei, o di poco precedenti (Tosato, Alessi, Cannada Bartoli, il primo Nigro), fu accolta anche da Casetta.

L'oggetto della situazione soggettiva, volendone affermare (o riconoscere) la natura sostanziale, era (o sembrava) definitivamente identificato.

L'interesse alla legittimità si presentava, peraltro, come interesse generale, mentre l'art. 26 del testo unico sul Consiglio di Stato si riferiva a interessi individuali. Il problema era, quindi, di rendere individuale un interesse che, di per sé, si presenta come generale. Per raggiungere questo risultato, Casetta fa leva su un interesse materiale del privato, per la cui realizzazione sia necessario ottene-

---

[4] E. Casetta, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII°, Torino, 1997, 249-250.

re la repressione della illegittimità. In tal modo l'interesse alla legittimità viene «fissato»[5] in un soggetto, ossia collegato con un suo interesse materiale.

9. Vanno evidenziati alcuni profili.

La dottrina dell'epoca aveva alcune certezze, forse alcuni tabù: che l'interesse legittimo fosse strumentalmente collegato con l'interesse pubblico; che l'interesse legittimo dovesse essere inquadrato nella prospettiva del giudizio amministrativo, al fine precipuo, e forse unico, di spiegare il criterio di riparto della giurisdizione.

Da queste certezze, e in particolare dalla seconda, derivavano due conseguenze: da un lato, la rilevanza dell'interesse legittimo veniva riconosciuta solo a valle dell'adozione dell'atto amministrativo impugnabile; dall'altro lato, la tutela dell'interesse legittimo non poteva che essere limitata alla legittimità, dato che solo di questa il giudice amministrativo poteva occuparsi.

Casetta, con il rilievo dato all'interesse materiale del privato supera il primo tabù, mettendo fuori quadro l'interesse pubblico e, con esso, il carattere strumentale (o ancillare) dell'interesse legittimo. Non erano maturi i tempi per superare anche il secondo tabù.

10. Tuttavia c'è nell'opera di Casetta una apertura sulla quale occorre riflettere ancora oggi.

Osserva Egli che

> invano si cercherebbe, nel diritto positivo, un riconoscimento di questi interessi che, indicati nell'art. 26 del T.U. delle leggi sul Consiglio di stato, possono, sotto determinate condizioni, formare oggetto di ricorso alle giurisdizioni amministrative da parte dei loro titolari. In ciò sta la differenza attinente al concetto di interesse legittimo. Se si prende in esame l'art. 2907 cod. civ., il quale attribuisce all'autorità giudiziaria la tutela giurisdizionale dei diritti, si nota che esso è posto su un piano nettamente diverso rispetto all'art. 26 del T.U. L'art 2907 cod. civ. presuppone tutte quelle altre norme che riconoscono i singoli diritti soggettivi: così la noma relativa al diritto di proprietà (art. 832 cod. civ.), di usufrutto (art. 981 cod. civ.), ecc., e ad essi, in tal modo perfettamente individuati nelle loro categorie (diritti reali, di obbligazione, ecc.), garantisce indistintamente la pienezza della protezione giuridica. L'art. 26 attua, invece, la tutela senza tale previo riconoscimento degli interessi in esso contemplati, non presuppone alcuna norma che ad esso logicamente preesista[6].

---

[5] L'espressione è di Casetta.

[6] E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 615-616.

Si può spiegare, tenendo conto della profonda intuizione di Casetta, la ragione per cui la giurisprudenza abbia sempre considerato l'interesse legittimo come interesse differenziato, o interesse qualificato: l'interesse legittimo nasce dal fatto, non dal diritto (norme o atti giuridici). In ciò si manifesta il carattere elastico della situazione soggettiva; con ciò si evidenzia la differenza con il diritto soggettivo.

11. Casetta non rimane prigioniero della sua iniziale concezione dell'interesse legittimo: non l'abbandona, la integra.

In un articolo della fine dello scorso decennio[7] prende atto della coesistenza di due diversi orientamenti in ordine all'interesse legittimo: l'uno fermo sulla definizione di «pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa»; l'altro portato a sottolineare il carattere sostanziale della situazione soggettiva.

Considerando entrambi il frutto di visioni parziali, ne tenta la conciliazione. Per farlo, prende in esame un caso limite: quello del soggetto privato che sarebbe favorito dall'azione amministrativa illegittima; e pone in evidenza che la soddisfazione della pretesa alla legittimità frustrerebbe il soddisfacimento dell'interesse sostanziale, mentre la soddisfazione di questo dequota il profilo della legittimità.

Elabora una idea che si mostra essenziale per comprendere la figura concettuale dell'interesse legittimo, e cioè che il suo titolare «non può che aspirare ad un bene a soddisfazione non assicurata»; e che tale soddisfazione passa necessariamente attraverso l'intervento dell'amministrazione. Cosicché, prima del provvedimento, non rileva la legittimità; dopo di esso, la legittimità è l'essenza della protezione.

In tal modo Casetta supera anche il secondo tradizionale tabù: l'interesse legittimo esiste e, per così dire, «vive» anche prima dell'adozione del provvedimento.

12. L'ultima citazione del pensiero del Maestro vorrei riservarla alla sua idea del ruolo del giurista nella società contemporanea[8].

> Allorché furono poste le basi della scienza del diritto pubblico italiano era avvertita con forza la responsabilità che gravava su una Scuola che si proponeva di accompagnare la crescita ed il consolidamento dello Stato italiano.

---

[7] E. Casetta, *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a "progressivo rafforzamento"*, in *Dir. econ.*, 2008, 7 ss.

[8] E. Casetta, *Continuità ed evoluzione nello studio del diritto pubblico*, in *Quaderni fiorentini*, 1996, 751-752.

Oggi le condizioni sono, anche sotto questo profilo, diverse: pare comunque che, agli albori del 2000, in una società estremamente complessa e variegata, preoccupata e disorientata dalla rivoluzione del sistema informativo, impegnata nel processo di integrazione europea e ancora in attesa del definitivo trionfo della democrazia sostanziale, il giurista mantenga un ruolo importantissimo, di proposta, di richiamo e di stimolo, un ruolo per ciò stesso di guida nel progresso della società di cui è critica, anche se talvolta scomoda, voce. A lui ben si attaglia l'esortazione che, nel Paradiso, Cacciaguida rivolge a Dante:

Ma nondimen, rimossa ogni menzogna,
tutta tua vision fa manifesta,
e lascia pur grattar dov'è la rogna.
Ché se la voce tua sarà molesta
Nel primo gusto, vital nutrimento
Lascerà poi, quando sarà digesta.

Mi sembra che non ci sia nulla da aggiungere per dimostrare la grandezza dello Studioso.